our criminal procedure

Canadi

Reports and Working Papers of the Law Reform Commission of Canada

Reports to Parliament

1. *Evidence** (December 19, 1975)
2. *Guidelines — Dispositions and Sentences in the Criminal Process** (February 6, 1976)
3. *Our Criminal Law* (March 25, 1976)
4. *Expropriation** (April 8, 1976)
5. *Mental Disorder in the Criminal Process** (April 13, 1976)
6. *Family Law** (May 4, 1976)
7. *Sunday Observance** (May 19, 1976)
8. *The Exigibility to Attachment of Remuneration Payable by the Crown in Right of Canada** (December 19, 1977)
9. *Criminal Procedure — Part I: Miscellaneous Amendments** (February 23, 1978)
10. *Sexual Offences** (November 29, 1978)
11. *The Cheque: Some Modernization** (March 8, 1979)
12. *Theft and Fraud** (March 16, 1979)
13. *Advisory and Investigatory Commissions** (April 18, 1980)
14. *Judicial Review and the Federal Court** (April 25, 1980)
15. *Criteria for the Determination of Death** (April 8, 1981)
16. *The Jury** (July 28, 1982)
17. *Contempt of Court** (August 18, 1982)
18. *Obtaining Reasons before Applying for Judicial Scrutiny — Immigration Appeal Board** (December 16, 1982)
19. *Writs of Assistance and Telewarrants** (July 22, 1983)
20. *Euthanasia, Aiding Suicide and Cessation of Treatment* (October 11, 1983)
21. *Investigative Tests: Alcohol, Drugs and Driving Offences** (November 10, 1983)
22. *Disclosure by the Prosecution* (June 15, 1984)
23. *Questioning Suspects* (November 19, 1984)
24. *Search and Seizure* (March 22, 1985)
25. *Obtaining Forensic Evidence* (June 12, 1985)
26. *Independent Administrative Agencies* (October 23, 1985)
27. *Disposition of Seized Property* (April 24, 1986)
28. *Some Aspects of Medical Treatment and Criminal Law** (June 12, 1986)
29. *Arrest* (November 6, 1986)
30. *Recodifying Criminal Law*, Vol. I (December 3, 1986)
31. *Recodifying Criminal Law — A Revised and Enlarged Edition of Report 30* (May, 1988)

Working Papers

1. *The Family Court** (1974)
2. *The Meaning of Guilt: Strict Liability** (1974)
3. *The Principles of Sentencing and Dispositions** (1974)
4. *Discovery** (1974)
5. *Restitution and Compensation** (1974)
6. *Fines** (1974)
7. *Diversion** (1975)
8. *Family Property** (1975)
9. *Expropriation** (1975)
10. *Limits of Criminal Law: Obscenity: A Test Case** (1975)
11. *Imprisonment and Release** (1975)
12. *Maintenance on Divorce** (1975)
13. *Divorce** (1975)
14. *The Criminal Process and Mental Disorder** (1975)
15. *Criminal Procedure: Control of the Process** (1975)
16. *Criminal Responsibility for Group Action** (1976)
17. *Commissions of Inquiry: A New Act** (1977)
18. *Federal Court: Judicial Review** (1977)
19. *Theft and Fraud: Offences** (1977)
20. *Contempt of Court: Offences against the Administration of Justice** (1977)
21. *Payment by Credit Transfer** (1978)
22. *Sexual Offences** (1978)
23. *Criteria for the Determination of Death** (1979)
24. *Sterilization: Implications for Mentally Retarded and Mentally Ill Persons** (1979)
25. *Independent Administrative Agencies** (1980)
26. *Medical Treatment and Criminal Law** (1980)
27. *The Jury in Criminal Trials** (1980)
28. *Euthanasia, Aiding Suicide and Cessation of Treatment* (1982)
29. *The General Part: Liability and Defences* (1982)
30. *Police Powers: Search and Seizure in Criminal Law Enforcement** (1983)
31. *Damage to Property: Vandalism* (1984)
32. *Questioning Suspects** (1984)
33. *Homicide* (1984)
34. *Investigative Tests** (1984)
35. *Defamatory Libel* (1984)
36. *Damage to Property: Arson* (1984)
37. *Extraterritorial Jurisdiction* (1984)
38. *Assault* (1984)
39. *Post-seizure Procedures* (1985)
40. *The Legal Status of the Federal Administration** (1985)
41. *Arrest** (1985)
42. *Bigamy* (1985)
43. *Behaviour Alteration and the Criminal Law* (1985)
44. *Crimes against the Environment** (1985)
45. *Secondary Liability — Participation in Crime and Inchoate Offences* (1985)
46. *Omissions, Negligence and Endangering* (1985)
47. *Electronic Surveillance* (1986)
48. *Criminal Intrusion* (1986)
49. *Crimes against the State* (1986)
50. *Hate Propaganda** (1986)
51. *Policy Implementation, Compliance and Administrative Law** (1986)
52. *Private Prosecutions* (1986)
53. *Workplace Pollution* (1986)
54. *Classification of Offences* (1986)
55. *The Charge Document in Criminal Cases* (1987)
56. *Public and Media Access to the Criminal Process* (1987)

The Commission has also published over seventy Study Papers on various aspects of law. If you wish a copy of our catalogue of publications, please write to: Law Reform Commission of Canada, 130 Albert Street, Ottawa, Ontario K1A 0L6, or Suite 310, Place du Canada, Montréal, Québec, H3B 2N2.

---

* Out of print. Available in many libraries.

REPORT 32

OUR CRIMINAL PROCEDURE

Available by mail free of charge from:

Law Reform Commission of Canada
130 Albert St., 7th Floor
Ottawa, Canada
K1A 0L6

or

Suite 310
Place du Canada
Montréal, Québec
H3B 2N2

© Law Reform Commission of Canada 1988
Catalogue No. J31-55/1988
ISBN 0-662-55736-0

REPORT

ON

OUR
CRIMINAL
PROCEDURE

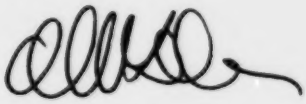
July, 1987

The Honourable Ray Hnatyshyn, P.C., M.P.,
Minister of Justice
and Attorney General of Canada,
Ottawa, Canada

Dear Mr. Minister:

In accordance with the provisions of section 16 of the *Law Reform Commission Act*, we have the honour to submit herewith this Report undertaken by the Commission on criminal procedure.

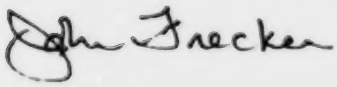
Yours respectfully,



Allen M. Linden
President

Gilles Létourneau
Vice-President

Joseph Maingot, Q.C.
Commissioner



John Frecker
Commissioner

Commission

Mr. Justice Allen M. Linden, President
Mr. Gilles Létourneau, Vice-President
Mr. Joseph Maingot, Q.C., Commissioner
Mr. John Frecker, Commissioner
Her Honour Judge Michèle Rivet*

Secretary

François Handfield, B.A., LL.L.

Co-ordinator, Criminal Procedure and Principal Consultant

Stanley A. Cohen, B.A., LL.B., LL.M.

Consultants

Kenneth E. Jull, B.A., LL.B., LL.M.
James W. O'Reilly, B.A. (Hons.), LL.B.
Marc Schiffer, LL.B., LL.M., D.Jur., Ph.D.

---

* Was not a member of the Commission when this document was approved.

Table of Contents

I. Introduction 1

II. The Role of General Principles in the Work of the Law Reform Commission of Canada on the Law of Criminal Procedure 3

III. The Role of Criminal Procedure 5

A. The Meaning of "Procedure" 5
B. Technicality as a Characteristic of Procedural Law 6
C. The Comprehensiveness of Rules of Procedure 7
D. The Distinction between Matters of Procedure and Substance 7

IV. Truth, Justice and the Protection of Society in Procedural Law 9

A. Introduction 9
B. Truth and Justice 9
C. Procedural Rules and the Protection of Society 9

V. Conflict and Compromise in the Criminal Process 15

VI. Why Is There a Need for General Principles of Criminal Procedure? 19

VII. The Place of the Constitution in the Articulation of General Principles of Criminal Procedure 21

VIII. General Principles of Criminal Procedure 23

A. The Principles Explained 23
1. The Principle of Fairness 23
2. The Principle of Efficiency 24
3. The Principle of Clarity 25
4. The Principle of Restraint 25
5. The Principle of Accountability 26
6. The Principle of Participation 27
7. The Principle of Protection 27

B. The Application of Principles to Policy 28

C. Our Principles Illustrated 30
1. Fairness 30
2. Efficiency 34
3. Clarity 38
4. Restraint 40
5. Accountability 44
6. Participation 48
7. Protection 49

IX. Conclusion 53

A. Reshaping Criminal Procedure 53
B. Our Philosophy — A Summary 54
C. The Process of Reform 55

I.

Introduction

A veil of mystery surrounds the criminal process. Although mystery protects the system from a close examination of its defects, a recognition exists that our processes are far from perfect. The veil should be lifted.

Canadian procedural law has arrived in the late twentieth century in a somewhat dishevelled state. Its appearance is the consequence of incremental accretion and slow evolution over centuries. Occasionally developments have occurred in a careful, balanced manner while at other times fragmented, piecemeal change has taken place in response to the necessities, pragmatic or otherwise, of the moment. The result is labyrinthine complexity and often baffling incoherence. It is very nearly impossible for an ordinary citizen to obtain a clear, complete picture of the inner workings of our criminal justice system. In part, this state of affairs can be attributed to the unusual nature of criminal procedure.

On the one hand, criminal procedure provides the machinery for implementing the substantive criminal law, which, however comprehensive and just, would be useless without it.[1] On the other hand, as anyone who has attempted to justify the use, by the state, of coercive power against free and autonomous individuals knows, it is also a species of political and moral philosophy.[2]

For those with a degree of technical knowledge, obtaining an understanding of the process is difficult, but not impossible. Procedural law is capable of providing a map of the irregular terrain of the entire process. The individual's progress, from the moment of suspicion, interrogation, or arrest, through to trial, may be plotted chronologically through the procedural rules governing each stage of the process.

Procedural law can also be analysed in a different manner. If one examines the procedural rules that define the jurisdictional competence and authority of the leading players in the criminal justice system (the police, prosecutors, defence counsel, judges, as well as the other actors) the contours of the process are placed in higher relief. Unfortunately, the state of the law itself poses a significant barrier to easily conducting this kind of examination.

Our laws of criminal procedure are not readily accessible and, where they can be located, the language of the statute or the holdings of the case-law are often dense and impenetrable. The level of detail can be daunting and bewildering. At the same time

1. See Celia Hampton, *Criminal Procedure*, 3rd ed. (London: Sweet & Maxwell, 1982).
2. See George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (Toronto: Little, Brown and Co., 1978).

the law governing the process often appears to be at cross-purposes. By turns, procedural law may evince a frightening tendency to disregard individual rights or an excessive tenderness toward accused persons. Consistency, uniformity, philosophical coherence and even pragmatism are not presently general attributes of our criminal procedure. Herein lies the task of the law reformer.

This Report attempts to explain and rationalize the Law Reform Commission of Canada's work, both past and present, in the area of criminal procedure. Although it expresses the philosophical approach of the Law Reform Commission it is not intended to be a philosophical treatise. Rather, this document's intended use is as an aid to assist policy makers, law reformers and parliamentarians in the task of modifying, altering or reforming laws pertaining to criminal procedure. It does not attempt the resolution of ancient and enduring philosophical disputes.

As one would expect, it is the Commission's voice and not the voice of others that is to be heard here. Other attempts have been made from time to time to state general principles of application to criminal law or criminal procedure. For example, in 1969 the Ouimet Committee in its *Report of the Canadian Committee on Corrections*[3] relied on certain basic principles contending they were descriptive of the proper scope and function of the criminal and correctional processes. Similarly, in 1982 the Government of Canada issued a policy statement entitled *The Criminal Law in Canadian Society*[4] which contained a statement of principles which were intended to be of application to both substantive criminal law and criminal procedure. These documents, as well as others, have influenced the thinking of the Commission on this subject. Indeed, many of the principles found in these sources have played a role in the development of the principles contained in this Report. Also important to this endeavour has been the Commission's 1976 Report, *Our Criminal Law*[5], which contains a clear statement of the Commission's general orientation to the area of substantive criminal law. That Report provided the foundation for the Commission's proposed Code of Substantive Criminal Law, which was recently published as Report 31, *Recodifying Criminal Law — A Revised and Enlarged Edition of Report 30*.[6]

In essence Report 32 represents a distillation of the Commission's distinctive approach to the reform of criminal procedure over the last fifteen years. The principles found within inform and are reflected in the rules of procedure that we have devised. They constitute the bedrock upon which our new Code of Criminal Procedure is to be erected.

---

3. *Report of the Canadian Committee on Corrections: Toward Unity: Criminal Justice and Corrections* (Ottawa: Information Canada, 1969) (Chair: R. Ouimet).

4. Government of Canada, *The Criminal Law in Canadian Society* (Ottawa: Supply and Services Canada, 1982).

5. Law Reform Commission of Canada [hereinafter LRCC], *Our Criminal Law* [Report 3] (Ottawa: Information Canada, 1976) [hereinafter Report 3].

6. LRCC, *Recodifying Criminal Law — A Revised and Enlarged Edition of Report 30* [Report 31] (Ottawa: LRCC, 1988).

II.

The Role of General Principles in the Work of the Law Reform Commission of Canada on the Law of Criminal Procedure

From the time of its inception the Law Reform Commission of Canada has been engaged in a dialectic involving constant struggle to identify and enunciate the important process values which must obtain if a society — a vibrant one stressing pluralism and diversity, as Canada's does — is to thrive. If one closely examines the Commission's work over time the search for guiding principles and values is evident throughout. Thus, in our Report 3 one finds a consideration of the proper role and purposes of the criminal law. In that Report we found that the role of the criminal law was essentially to affirm and bolster fundamental social values. But, at the same time, we discovered that this role was being badly played.

Ultimately, we concluded that the criminal law had to be reshaped. The key to its effective reformulation was the concept of *restraint*. The Report concluded that the criminal law should be reserved for "real crimes;" criminal liability should be restricted to wrongful conduct; criminal trials in turn should be reserved for really serious cases; and the use of imprisonment in turn should be restricted in the manner suggested in our work pertaining to sentencing and imprisonment.

Our proposed "Evidence Code"[7] was devoted to ridding our laws of evidence of technicality and arbitrariness. At the same time it recognized that technical rules are sometimes necessary in order to secure fairness and consistency. This Code commences with an enumeration of general principles and proceeds from there to set out in detail the rules that follow logically from those principles.

Virtually all of the various subjects which have captured the attention of the Commission over the years evince the same fidelity to principle and conscientious endeavour to articulate the nature of governing values. However, this is our first attempt to set out, in one place, a comprehensive set of general principles governing the law of criminal procedure.

We are the first to recognize that this statement of general principles is long overdue. We are also aware that some might think that what we offer now must, by reason of its late arrival, be an elaborate after-the-fact rationalisation rather than a true reflection of an operative governing philosophy. We believe that a careful reading of our work will reveal such criticisms to be wide of the mark. The absence of an explicit,

---

7. See LRCC, *Evidence* [Report 1] (Ottawa: Information Canada, 1975).

comprehensive statement of general principles should not be taken to mean that the Commission acted without reference to principles or even that it acted inconsistently in terms of such principles when formulating policy in the past. Fidelity to principle is apparent and characterizes all of our work in the field of criminal procedure.

But were we consistent? And did we identify and purport to act upon matters which ought not to have been included in a harmonized and integrated statement of governing principles? These are ultimately matters upon which the reader must reach an independent and informed judgement. We believe that our proposals for reform have been cast in the light of identifiable governing principles and that there is, within the body of our work, an impressive general consistency. We hope to demonstrate this in the portions of this work entitled "The Principles Explained" and "Our Principles Illustrated."

Our concern to distill and enunciate general principles of criminal procedure was well-stated in our Report on *Questioning Suspects*:

> In approaching the reform of the criminal law we are quite aware that the process of doing justice in our system of government is an approximation of social values, what they are and what they ought to be. The process of legislative reform is a self-conscious attempt to introduce a greater measure of clarity and precision in that approximation. This exercise necessarily defies unanimity but disagreement on particular questions need not imply discord on fundamental postulates of principle. The translation of principles into specific provisions of law opens the scope for disagreement, as does the particularity of the principles involved, but, apart from discrepancy on discrete points in substantive policy, it should be the first task of participants in the process of law reform to define collectively their field of vision and the manner in which they propose to approach it. This implies a process of deduction, commencing with principles of general application and progressing through increasingly particular interpretations of those principles until, by a dialectical process of argument and choice, recommendations for legislative reform can be made.[8]

What this describes, in other words, is a process of reasoning in law reform. It is a process that is quite inimical to the *ad hoc* model of law reform, which commonly distorts the need for systematic and principled law reform by allowing, often unconsciously, for inconsistency in the law.[9]

---

8. LRCC, *Questioning Suspects* [Report 23] (Ottawa: Supply and Services Canada, 1984) at 9 [hereinafter Report 23].

9. See Patrick Healy, "The Cause of Legislative Reform in Canadian Criminal Law" (1984), unpublished Master's Thesis, University of Toronto Faculty of Law at 144.

III.

The Role of Criminal Procedure

> But how does society set about proving its case and punishing the guilty? Here is the rub: for justice and liberty depend not so much on the definition of the crime as on the nature of the process, administrative as well as judicial, designed to bring the alleged offender to justice.[10]

The rules of the criminal law which serve to protect and promote basic values can only live by application. The process of reform implies an examination not only of the rules themselves, but the operation of the rules.[11] It is the practical operation of these rules — our rules of criminal procedure — that affects the daily lives of Canadians. Without just and effective rules of procedure, the best rules of substance are reduced to shadows.[12]

A. The Meaning of "Procedure"

The term "procedure" is largely a neutral or value-free term which connotes simply a particular course of action, or in terms of legal proceedings, the manner of proceeding in any action.[13] Legal procedure thus may be viewed simply as a mode of conducting legal business. At a minimum it sets out the series of actions, that is to say, the lawful requisites which must be performed in order to validly administer justice within the state.

Canadian legal procedure however does not claim to be completely neutral or value-free. Legal procedure is a concept or a mechanism which has evolved in Canada in such a way as to mean more than simply regular procedure. "Due procedure" implies procedural fairness, a concept our Constitution now amplifies with its reference, in section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*,[14] to "fundamental justice." Thus, Canadian procedural law has as its principal objective and basic orientation the construction of a just method for the disposition of a dispute which has

---

10. See Leslie Scarman, "Foreword" in J.A. Coutts, ed., *The Accused: A Comparative Study* (London: Stevens & Sons, 1966) at vii.

11. See LRCC, *First Annual Report 1971-72* (Ottawa: Information Canada, 1972).

12. See LRCC, *Second Annual Report 1972-73* (Ottawa: Information Canada, 1973).

13. Portions of this Chapter derive from S. Cohen, "Criminal Procedure and the Canadian Charter of Rights and Freedoms" in V. Del Buono, ed., *Criminal Procedure in Canada* (Toronto: Butterworths, 1982) 1.

14. Part I of the *Constitution Act, 1982* being Schedule B of the *Canada Act 1982* (U.K.), 1982, c. 11. [hereinafter *Charter*].

come before a court of law. (A "just disposition" in this context means a result which has been arrived at in a manner that is fair, and perceived to be so, by all parties to the dispute.)

Criminal statutes not only define crimes; they also set out the procedures for conducting investigations and establishing guilt or innocence. In doing so they define the limits of freedom. Procedural law, since it performs this regulatory function, is notable for its emphasis on detail and technicality. Therefore, it is not accidental that our processes are ponderous, slow-moving and technical. This is not to say that our systems cannot be improved or that they are beyond reform. Nevertheless, procedural law, to the extent that it will be regarded as effective law from the point of view of promoting just and equitable resolutions of disputes, must to some extent forever remain "technical" law.

B. Technicality as a Characteristic of Procedural Law

It is technical law, perhaps more than any other feature of the law, which brings out the ire of the layman. To the uninformed, the occasionally drastic legal results (such as an acquittal or the quashing of a charge) which occur due to an official's failure to adhere to the technical procedural requirements of the law must often appear incomprehensible. Larger purposes, such as the vindication of the integrity of the judicial process, that are characteristically pursued in the granting of a procedural remedy or sanction, will often be invisible to the lay observer who is reacting naturally to the necessarily incomplete reportage of the facts of a given case.

It is in the nature of law that it requires interpretation and thus engenders litigation, for often the positions taken by the parties in relation to the law governing a particular dispute will be technical in nature. Technicality, especially in relation to criminal statutes, should never be condemned in the abstract, for where the matter is criminal, the liberty of the subject is involved. Laws which protect accused persons protect society as a whole. The law should never be indifferent to the safeguards which surround a person facing a criminal charge. Note, however, that technical law does not merely favour the interests of the accused person within the criminal process; it can safeguard the interests of the state as well. For example, our breathalyser statutes are replete with technical rules to assist in the prosecution of impaired driving offences. Such rules bypass the traditional means for proving impairment (for example, the direct testimony of witnesses concerning manner of driving, demeanour, physical co-ordination, speech, etc.) and substitute certificate evidence of the results of scientific tests in their stead. Technical law in this regard is a faster, more precise and more efficient method for conducting such prosecutions. (But note also that where the law permits technical methods the means of challenge in such prosecutions will also be technical in nature.)

C. The Comprehensiveness of Rules of Procedure

While the laws of criminal procedure are heavily rule-laden and detailed, it would be impossible (and certainly undesirable) for the law to be totally comprehensive in coverage. Therefore, while our pre-trial and trial processes all reflect an overriding concern to provide fundamentally just and fair methods for dealing with suspects and accused persons, substantial discretionary authority remains and has been entrusted to state officials — police officers, prosecutors and judges. On the other hand, while discretion has been granted, Parliament has not left the exercise of this discretionary activity entirely unsupervised. Supervision, together with an institutionally entrenched scepticism, or perhaps better put, caution or wariness, causes the burden to be cast upon the state where questions arise concerning the discharge of official functions.[15] These features are foremost among the guarantors of a just and regular process.

D. The Distinction between Matters of Procedure and Substance

Much as procedural law strives to inject fairness into our system of law it is ultimately unable to effect the substance or content of the law itself. This distinction, between matters of procedure and matters of substance, is an important one.

> Substantive law creates rights and obligations and is concerned with the ends which the administration of justice seeks to attain, whereas procedural law is the vehicle providing the means and instruments by which those ends are attained. It regulates the conduct of Courts and litigants in respect of the litigation itself whereas substantive law determines their conduct and relations in respect of the matters litigated.[16]

Substantive law reflects the legislature's posture with regard to a particular social policy issue. It is the substantive law which mirrors the decision to label certain activity as criminal. The substantive law, for example, provides that pornography, or prostitution, are matters which should be regulated or condemned by the criminal law. By contrast, procedural law provides the surrounding rules regulating the inquiry (whether at the police investigatory stage or at trial) into whether a violation of the substantive law has occurred.

While procedural law *simpliciter* is unable to control the content of substantive legislation, constitutional law is potentially able to do so.[17] Where the Constitution contains express provisions, as ours does, protecting fundamental freedoms or legal rights, it may be wielded in such a manner as to prevent an invasion of the liberty of

---

15. The foremost example of institutional scepticism is the presumption of innocence which governs criminal cases. It leads to the burden of proving guilt beyond a reasonable doubt being shouldered by the prosecution.

16. See *Suit* v. *Suit* (1968), [1969] 1 O.R. 169 at 175 (C.A.) per Schroeder J.A.

17. The interrelationship between substance, procedure and the Constitution is explored in *Reference re Section 94(2) of the Motor Vehicle Act (B.C.)* (1985), [1985] 2 S.C.R. 486; 23 C.C.C. (3d) 289.

the individual by government or its agencies. This holds true regardless of whether the violation of the right or freedom has been accommodated by either the substantive or the procedural law. A law may be substantively flawed but enforced by impeccably fair procedural standards. Thus, for example, it is conceivable that full, fair hearing rights might be accorded an individual accused of violating South Africa's Apartheid laws. On the other hand, a valid substantive law, such as one prohibiting impaired driving, might be prosecuted under unfair procedural rules. Such would be the case, for example, where an accused person is denied the assistance of counsel during his trial.

IV.

Truth, Justice and the Protection of Society in Procedural Law

A. Introduction

Every system of criminal justice must wrestle with the problem of striking an appropriate balance in its procedural laws and indeed, there are substantial differences among systems. An examination of such differences is not the proper subject of this work. In our view, it is the wisdom of the Canadian system of criminal procedure that it takes into account three interrelated concerns: the pursuit of truth, respect for human dignity (a notion which is broad enough to encompass the protection of society and the preservation of peace), and protection against the risk of convicting innocent persons. Moreover, one can safely state that these concerns are reasonably well respected within our present system, subject to certain tensions and disputes at various points as to their application. Of course, it is the Commission's mandate and indeed, the central purpose of the Criminal Code Review[18] exercise to present proposals for the refinement and betterment of the existing system.

B. Truth and Justice

A major objective of the criminal process is the bringing of alleged offenders to justice. This is clearly the aim of all systems of criminal procedure. "Bringing alleged offenders to justice" involves a process for fairly determining their guilt or innocence. Since the process is oriented towards the detection, apprehension and ultimate conviction of those who have committed criminal acts it is not surprising to find that a great deal of procedural criminal law involves an articulation of the nature and limits of police powers. But criminal procedure is broader than the law of police powers.

The procedural part of the criminal law is concerned with the methods by which the state, through its officials and institutions, reacts to a violation of the prohibitions of the criminal law. Criminal procedure therefore encompasses such matters as police powers, but it also is concerned with other matters such as bail, legal representation, collection and presentation of evidence, judicial conduct, trial procedures and appeals.

---

18. The Criminal Code Review is a joint endeavour of the Commission, the Department of Justice and the Ministry of the Solicitor General (including the involvement of the provinces) that has been established in order to integrate efforts to comprehensively revise and reform Canada's substantive and procedural criminal laws.

Therefore within procedural criminal law the statutory definition of the roles assigned to prosecutors, defence counsel, and judges is undertaken together with the definition of the role of the police.

Once a criminal act has been committed there is a variety of possible responses to it. As we noted in our Working Paper on *Criminal Procedure: Control of the Process*:

> Society responds to crime in many ways. The method that most readily comes to mind is the traditional prosecution in which the trial plays the central role. The majority of criminal incidents, however, do not result in trials. The commission or suspected commission of an offence does not automatically bring into operation the trial or any other standard, predetermined procedure. The mode of reaction to an offence will depend on a multitude of factors, including the decisions made by the various actors in the process: victim, offender, police, justices of the peace, prosecutors, judges, correctional authorities and others. A thorough understanding of crime and of our reaction to it demands an appreciation of all the factors that determine the methods of dealing with crime and criminals.[19]

When we state that legal procedure sets out the series of actions to be performed by public officials in the administration of the criminal justice system, or, that it articulates the lawful requisites and limits necessary to validly administer justice within the state, we are talking about those rules which exist for processing suspects and accused persons from the earliest moment in the process, that is to say, from the point of suspicion, through to the trial, sentencing or appeal. Moreover, we are speaking not merely in terms of the role and responsibilities of police, but we are referring also to the myriad legal obligations which have been placed upon other actors in the system as well.

The regulation of the process for bringing alleged offenders to justice after investigation and charge — the procedure leading to the conviction of those who have committed criminal acts and the acquittal of those who have not — is sometimes referred to as the pursuit of truth in the criminal process. Indeed, no one would deny that the criminal trial process is intimately concerned with the discovery of truth. But truth must find its place in the context of a larger concern to do justice. Prejudice, innuendo, opinion and speculation are viewed by our system as poor handmaidens in the cause of justice.[20] Hence, the criminal trial is not held at large and for this reason not every piece of damning prejudice is received into evidence. "Truth, like all other good things, may be loved unwisely — may be pursued too keenly — may cost too much."[21]

The truth is one thing; the law has regard for other values as well. A whole network of procedural and evidentiary rules exists to regulate and modulate the workings of the criminal justice system and thus secure the end of fundamental justice. The manner in which Canadian criminal process pursues its purposes is therefore best described as a qualified search for truth. It may, however, be the *best* method of securing the truth, since the process is ultimately a human one. Even judges, who are

---

19. LRCC, *Criminal Procedure: Control of the Process* [Working Paper 15] (Ottawa: Information Canada, 1976) at 1.

20. See Stanley Cohen, *Due Process of Law* (Toronto: Carswell, 1977) at 282.

21. See *Pearse* v. *Pearse* (1846), 1 De G. & Sm. 12 at 28-29, 63 E.R. 957 per Knight-Bruce V.C.

individuals well-schooled in the task of disregarding extraneous matter, may fall victim to the overwhelming effects of irrelevant and prejudicial material. Therefore the rules of evidence prohibit the introduction of such evidence *ab initio*. This constitutes a kind of admonition to counsel not to adduce or proffer such evidence in proof or disproof of an issue. Also, it should be remembered that rules of evidence are framed with an eye cast to the needs of the process as a whole. Thus, an accused person cannot elicit his own previous self-serving statement in his defence, and the prosecution is relieved of the burden of having to counter such evidence. By the same token other rules secure fairness for the accused by precluding the prosecution from bringing prejudicial and misleading evidence forward.

Canadians are not prepared to trample on all other interests in the search for truth. This is evident in our commitment to the preservation of fundamental rights which is explicit in the Legal Rights provisions of the *Charter*. With the introduction of the *Charter* the historically recognized, fundamental concern of the criminal process for human dignity and privacy has been reaffirmed.

"The common law is haunted by the ghost of the innocent man convicted."[22] Our procedural system counters this fear through its articulation of the presumption of innocence. This presumption maintains that an accused person is presumed to be innocent until proven guilty and results in the placement of the burden of proof on the prosecution to prove its case against an accused beyond a reasonable doubt. While the presumption, together with certain rules of evidence, may be seen as attempts to improve fact-finding accuracy (and therefore to lead to a high quality of truth) the extent to which their application also may lead to the acquittal of some accused persons who are factually guilty may cause some to view them as barriers to the search for truth. There is an inherent tension between the dual purposes of convicting the guilty and acquitting the innocent. Thus, "the more we want to prevent errors in the direction of convicting the innocent, the more we run the risk of acquitting the guilty."[23]

C. Procedural Rules and the Protection of Society

Our oft-stated belief is that a primary concern of the criminal law is the maintenance and protection of important values. If one accepts this premise it emerges that the elimination of crime, while important, must often be subordinate to these larger purposes. The repression of crime cannot be viewed as an ultimate, self-sustaining goal, an end in itself. Rather it is only one method for pursuing the higher goal of maximizing freedom in a democratic state.[24]

---

22. Judge Learned Hand.

23. See Mirjan Damaska, "Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study", (1972-73) 121 U. of Pa. L. Rev. 506 at 576.

24. See LRCC, *Fifth Annual Report 1975-76* (Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1976).

The protection of society entails the protection of citizens from the harmful behaviour of others. Laws are necessary to define unacceptable acts and protect people from the harm caused by such acts. Lawlessness is the seed of societal disintegration. If everyone felt free to resort to violence, theft, or fraud, social life would become intolerable. Basic values must also be protected if our society is to retain its integrity. However, too much regulation in the name of protection can exact a price; one which we, as a society, may be unwilling to pay. If Canadians came to think it right that the state should regulate the most minute details of daily life, such as where to live, what work to do and how to dress, our society would be debased and transformed.

Coping with crime is a twin-edged sword. Crime uncoped with is unjust; to the victim, and indeed, to all members of society. Crime improperly responded to is also unjust.

The use of state authority involves the wielding of power, an endeavour which always carries with it the possibility of its abuse. It is the task of justice to keep a balance.[25]

In order to safeguard freedom it is sometimes necessary to limit it, through prohibitions. However, if human dignity, freedom and justice are among the major values which the criminal law enshrines, we must carefully assess the way in which the law is enforced in order to ensure that our law and practices respect and do not undermine these values.

How then does procedural law accomplish the task of protecting society and preserving the peace? The substantive law does so simply through the creation of prohibitions and penalties. Forms of action which threaten society or seriously disrupt social tranquillity are simply labelled as criminal misconduct and proscribed by statute. Procedural law is less direct.

The regulation of police powers is a major component of procedural criminal law. "Regulation" should be understood in its positive sense of "authorization" as well as in its negative sense of "limitation." Thus procedural law should be seen not merely as placing restrictions or limitations on a police officer's ability, say, to use force in the course of an arrest, but also as authorizing the resort to force by the police, where necessary.

In the context of police powers procedural law protects society and preserves the peace since it regulates the formal ways in which the police enforce the law, keep the peace, investigate crime, apprehend offenders and generally serve the public. Procedural law has a second major component — the regulation of the trial process. Here too, it serves to protect the public, but in a more diffuse manner.

It is comparatively easy to grasp the relationship of procedural law to the protection of society in an area such as bail. The law of bail governs the release of

25. See Report 3 at 1.

arrested and detained persons who have been accused of crime. Present statutory provisions applicable to the pre-trial release of accused persons stipulate that detention may be justified where it is shown to be "necessary in the public interest or for the protection or safety of the public, having regard to all the circumstances including any substantial likelihood that the accused will, if he is released from custody, commit a criminal offence or an interference with the administration of justice."[26]

Other procedural rules regulating the pre-trial or trial processes have a more obscure, but nevertheless real, relationship to the protection of society. The difficulty in understanding how rules pertaining to the judge's conduct of trial, to the prosecutor's professional responsibilities, or to the defence counsel's role and responsibility protect society, disappears if one recognizes that society is composed of the individuals within it and that the procedural laws which guarantee fairness to those charged with crime are laws which guarantee fair treatment to us all. Procedural law protects society precisely because it seeks to protect the individual from unjust prosecution and unjustified punishment.

---

26. See *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 457(7)(b) [hereinafter *Code*].

V.

Conflict and Compromise in the Criminal Process

It has been observed that, "although a society is a cooperative venture for mutual advantage, it is typically marked by a conflict as well as an identity of interests."[27] So too with the criminal process. Criminal procedure is problematical because the nature of what is just and unjust is often in dispute. Nevertheless, despite this general disagreement we may still say that we have a shared appreciation of justice. That is, we have an appreciation of the need for and a preparedness to affirm a characteristic set of principles for assigning basic rights and duties and for determining "the proper distribution of the benefits and burdens of social cooperation."[28]

While we believe that there exists an intuitive recognition of the "primacy of justice"[29] — that is, of the centrality of "justice" in any discussion of the attributes of civilized criminal procedure — the term itself does not seem to have any settled meaning. Equating justice with fairness is of limited utility, as this merely begs the larger question of "fairness for whom?" Indeed, the term may equally be employed in arguments favouring greater protection of individual rights or in those urging greater powers of crime control.[30]

It bears repeating that justice (or fairness) is not the sole preserve of the accused person in the criminal process. It has been said that "[i]t is as much in the public interest that a guilty person should be convicted as it is that an innocent person should be acquitted."[31] However, for reasons which follow, such a bald statement cannot be accepted at face value.

The criminal process must ultimately be viewed as a human process; one carrying with it significant economic costs. Crime itself ultimately must be regarded as a human or social problem. Typically, a society's ability to redress or treat such problems is constrained by practical concerns such as economic efficiency and effectiveness. Justice does not operate in the abstract. It must live in the real world. For this reason we do not assert that it is better for *any number* of guilty to go free rather than have one innocent person punished. By the same token, a well-known legal maxim does affirm that it is better that ten guilty men should go free than one innocent man be convicted.

---

27. See John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press, 1971) at 4.

28. *Ibid.* at 5.

29. *Ibid.* at 4.

30. See A.J. Ashworth, "Concepts of Criminal Justice" [1979] Crim. L.R. 412 at 419.

31. See U.K., Criminal Law Revision Committee, *Eleventh Report — Evidence (General)* (London: H.M.S.O., 1972) at 16.

This maxim indicates a weighting in our system towards the protection of the accused. It reflects an insistence "that the liberty of an innocent individual should not be sacrificed in order to increase the efficiency of crime control — more particularly that a rule or procedure should be opposed if it secures greater crime control by increasing the probability that innocent persons will be convicted."[32]

Rules of procedure could in fact be so designed as to increase the likelihood of convicting the innocent as well as the guilty. Indeed, there are some who openly advocate striking the balance in this way.[33] Such a view is sometimes ascribed to those utilitarians who believe that it would be justifiable to punish an innocent person if a greater social good might conceivably be served by so doing. But even if our system were based upon strictly utilitarian principles, assessments of utility would differ among individuals. "[T]here is no reason to expect individuals who make such an expected value calculation to converge upon the identical set of procedures."[34] Some persons may even think it sufficiently important that guilty people be punished that they would be willing to run some increased risks of being punished themselves in order to accomplish this objective.[35]

Economic costs and efficiency are obvious concerns in any society confronted with the task of distributing scarce resources. Crime costs money and conceivably its efficient repression may save money. However, some believe that purely utilitarian or economic approaches to procedure have the effect of ignoring or at least downgrading rights.[36] Values other than economic costs are involved. If it may be said that there is a "right" not to be convicted if innocent, our procedural systems must take pains to avoid erroneous results. Procedures must not only be scrupulously fair to those accused of crime but they must also be perceived to be fair. "A process might be less expensive than another but unacceptable because distinctly less fair."[37]

Fairness in criminal procedure itself is a value that is perceived to be worthwhile independently of the outcome of the proceeding or the economic cost involved. "There might be values such as dignity, fairness, and participation served by legal procedures even though they do not increase the accuracy of decisions."[38] A process or procedure which commands public respect for the integrity of the judicial system is to be preferred over one not possessing such attributes. This is true even if both entail the same economic costs and are equally effective in avoiding erroneous results or in promoting desired objectives, such as the deterrence of crime.[39]

---

32. See Ashworth, *supra*, note 30 at 416.

33. See Robert Nozick, *Anarchy, State and Utopia* (New York: Basic Books, 1974) at 97.

34. *Ibid.*

35. *Ibid.*

36. See Ronald Dworkin, "Principle, Policy, Procedure" in C.F.H. Tapper, ed., *Crime, Proof and Punishment* (London: Butterworths, 1981) 193.

37. See Michael Bayles, "Principles for Legal Procedure" (1986) 5 Law and Philosophy 33 at 44. This excellent article has been influential in the structure and articulation of portions of this Report.

38. *Ibid.* at 51.

39. *Ibid.*

The task of fashioning a more perfect system of procedural justice entails an appreciation of the nature of the conflict among the values involved. Resolution must be achieved through accommodation, but this is not to be accomplished within the criminal process by weighting the components equally. While the process is one calling for a balancing of competing interests, appropriate allowances must be made to ensure that due regard is given to important values. By the same token, discussions of cost implications cannot be eschewed. Costs will always be a factor, whatever the system. "[T]he cost of increased crime and punishment resulting from placing the burden of proof on the prosecution is the price [one pays for avoiding] the moral harm in punishing the innocent."[40]

Furthermore, it does not necessarily follow from the fact that each citizen has a right not to be convicted if innocent, that, regardless of costs, he or she has a right to the most accurate procedures possible to test guilt or innocence.[41] But if people are not, in this sense, entitled to the most accurate trials possible they are entitled to "procedures that put a proper valuation on moral harm in the calculations that fix the risk of injustice that they will run, and the related and practically more important right to equal treatment with respect to that evaluation."[42]

---

40. *Ibid.* at 48.

41. Dworkin, *supra*, note 36 at 193-194, offers the hypothetical example of a twenty-five-person jury rendering marginally more accurate verdicts than the present twelve-member jury, but at greatly increased cost.

42. *Ibid.* at 214.

VI.

Why Is There a Need for General Principles of Criminal Procedure?

Exactly what is comprehended by the term "principle" is not beyond dispute. The distinction between a "principle" and a "rule" is a question which has a long and highly-charged history, particularly in the area of the philosophy of adjudication. There is no pretense in this paper to the resolution of this dispute.

For present purposes we accept the view that rules apply in an all-or-nothing way.[43] Thus, if a rule applies to a question it determines the resolution of that question. Principles, by contrast, are less strong. They do not necessarily determine a question, even when relevant. Principles can conflict and must be weighed and balanced against one another. Rules, because of their unequivocal character are not weighed or balanced in the evaluation of a problem.[44]

Whether one accepts these distinctions between rules and principles is unimportant so long as it is recognized that the essential features of the principles which we offer are that they are of a more general character than rules, they can potentially conflict and where they do so, they must be weighed and balanced against one another.

Clearly the endeavour of formulating principles which serve the ends of procedural justice is a difficult and complex one. While the process is one which requires the balancing of one set of interests against another, the difficulty cannot simply be resolved by means of a formula which declares that we should simply "strike the right balance" between the interests of the individual and the interests of the community as a whole[45] or between crime control and the protection of the rights of the accused.[46] This merely restates the problem. The challenge is to produce a more refined and sophisticated statement of competing principles and the method of their application in the hope that this will lead to the discovery of the proper equilibrium. Perhaps the dynamic of this process is so fluid and so elastic that approximations in the calculations to be made are all that can realistically be achieved. But we are hopeful that the Commission's conception of and approach to general principles will yield a greater degree of precision and consistency than obtains at present.

---

43. See Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (London: Duckworth, 1977) at 24.

44. This articulation of the distinction between rules and principles largely follows the encapsulation which is found in Bayles, *supra*, note 37 at 35-36.

45. See Dworkin, *supra*, note 36 at 194.

46. See LRCC, *supra*, note 19 at 30.

Principles, when effective, place limits on action and where action is guided by known principles a measure of certainty may be perceived by those affected. Principled action is the antithesis of arbitrary action.

General principles to guide law reform are necessary because, in order for law to operate effectively in an enlightened democratic society it must command the respect of those affected by it. Public acceptance of the rule of law[47] is critical to the functioning of democracy. There can be no acceptance without understanding and no real understanding without rational justification.

Thus, the first task of the law reformer is the undertaking of reasoned, critical analysis. To progress beyond mere tinkering and to avoid the incoherence which results from *ad hoc*, *ex post facto* forays into the arena of reform, this endeavour must be at once fundamental and philosophical, principled and value-oriented. Anything less ultimately will not prove to be sufficiently responsive or justifiable in intellectual, moral or even political terms. The definition of operating premises concerning the elemental requisites of procedural law is necessary in order to assure coherence in the determination of policy.

47. The seminal work on the rule of law is Albert V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th ed., (London: MacMillan, 1959). For more recent comment see Joseph Raz, "The Rule of Law and Its Virtue" (1977) 93 L.Q. Rev. 195; and H.W. Arthurs, "Rethinking Administrative Law: A Slightly Dicey Business" (1979) 17 Osgoode Hall L.J. 1.

VII.

The Place of the Constitution in the Articulation of General Principles of Criminal Procedure

The effort to comprehensively revise our rules of criminal procedure can only be regarded as a worthwhile endeavour if a coherent approach is adopted; one which is respectful of and comprehends the need to protect society, but at the same time seeks to vigorously enforce the limits of governmental power as mandated by the *Charter* and by our tradition of civil liberties.

Our purpose in this exercise is to justify basic procedural principles. It is not our purpose to gainsay the Constitution. Principles which are contained in the Constitution are taken as justified. This does not mean that, in some cases, when amplifying or expanding upon the potential reach of such principles an extra measure of justification is unnecessary.

If there is any one part of our law which comes close to being canonical in nature it is the Constitution. In asserting that it plays a pre-eminent role in the development of general principles of criminal procedure we do not seek to foreclose all argument pertaining to the nature or content of such general principles. However, there can be scant disagreement with the proposition that the Constitution should be the well-spring for many of our principles. Just as clearly, it must be recognized that basic principles of criminal procedure may also derive from sources other than the Constitution.

The burden shouldered by general principles is that they should be of positive assistance to policy makers and law reformers in moving from the general to the particular. In formulating such principles the issue becomes whether they possess utility and are justifiable, not merely whether they are constitutionally required.

It is here that the virtues of rationality and intelligibility become apparent. "[T]he more rational the procedures for ascertaining the truth and arriving at decisions, the more rational parties will assent to the outcomes. That is, if people can understand the process and the reasons for a decision, they are more likely to accept it as settling their dispute."[48]

48. See Bayles, *supra*, note 37 at 55. In addition to intelligibility, Bayles argues that legal procedures should be governed by principles of costs (both economic and moral), peacefulness, voluntariness, timeliness and repose.

VIII.

General Principles of Criminal Procedure

What then, are the principles which collectively have activated our efforts at law reform in the field of criminal procedure?

As stated, justice is central and is to be accorded primacy. Our principles reflect this orientation. In our view, *procedural justice within the Canadian state should possess these basic attributes: fairness, efficiency, clarity, restraint, accountability, participation, and protection.* Expressed as principles, they read:

1. *The Principle of Fairness: Procedures Should Be Fair;*
2. *The Principle of Efficiency: Procedures Should Be Efficient;*
3. *The Principle of Clarity: Procedures Should Be Clear and Understandable;*
4. *The Principle of Restraint: Where Procedures Intrude on Freedom They Should Be Used with Restraint;*
5. *The Principle of Accountability: Those Exercising Procedural Power or Authority Should Be Accountable for Its Use;*
6. *The Principle of Participation: Procedures Should Provide for the Meaningful Participation of Citizens;*
7. *The Principle of Protection. Procedures Should Enhance the Protection of Society.*

A. The Principles Explained

1. The Principle of Fairness

Procedures should be fair and should be perceived to be so by those affected by them. This enhances their acceptability. Since in the criminal process the interests of the state and those of the individual are juxtaposed and often in conflict, fairness requires the neutrality and impartiality of those accorded important decision-making functions. No one should be the judge in his own case. Bias must not be tolerated.

A fair process is a deliberate process. Although "justice delayed is justice denied" at crucial junctures throughout the process care, solemnity and deliberation must prevail lest the "rush to justice" becomes the path to injustice.

In addition, fairness requires that those suspected of or charged with crime should possess adequate information to understand the nature of their potential jeopardy and the substance of the allegations that are made against them.

There can be no fairness where authorized procedures permit human dignity to be assailed for insufficient cause. The criminal law not only sets limits on what individuals can do to one another, it also limits what the authorities can do to suspects and accused persons. Our procedures must comport with civilized standards and the dictates of humanity.

Fairness also requires that procedures be egalitarian in treatment or application. Individuals in similar circumstances should be treated similarly. No class of individuals should be above or beyond the law.

Finally, fairness demands remedial processes when rights are violated. Indeed, entitlement to a remedy has been a feature of our legal system for hundreds of years and is expressed in the maxim: *Ubi jus, ibi remedium* — where there is a right, there is a remedy. More starkly, where no remedy exists there is, realistically, no right. A major function of much procedural law is the provision of means for vindicating rights.

2. The Principle of Efficiency

Efficiency is a form of economy. Inefficient conduct lacks focus, is prone to error and, in consequence, is costly. Costs, when one speaks of the criminal process, should not be viewed solely in monetary terms. Process costs can also be assessed in human or moral terms.

As a general rule efficiency is to be preferred to inefficiency, although, in the pursuit of higher values some inefficiency may be tolerated, or even preferred, to a single-minded or blind adherence to efficiency. Indeed, blind adherence to efficiency may be productive of injustice.

Efficient processes are timely processes. "Timeliness is a mean between the extremes of haste and dilatoriness."[49] Excessive delay is the enemy of justice and left unchecked may wreak havoc on the trial process. Deliberate speed or expeditious justice is preferable.

Efficiency is linked to another principle, that of clarity. If those charged with administering justice within the state have a clear understanding of the nature and scope of the powers with which they have been entrusted the possibility of error in the exercise of those powers should be reduced and correlative benefits should accrue in terms of the efficiency of the system.

---

49. *Ibid.*

3. The Principle of Clarity

Clear rules promote understanding. Clarity is one of the underpinnings of the rule of law. The rule of law primarily serves the basic intuition that the law must be capable of guiding the behaviour of its subjects. Human behaviour cannot be guided by law unless it is discoverable, open, clear and relatively stable. Ambiguity, vagueness and imprecision diminish the law's ability to perform this role.

Clear rules of procedure within the criminal process establish the parameters of permissible behaviour, not only for the individual, but for state officials as well. Both the citizen and the police officer benefit from a clearer understanding of their respective rights, responsibilities and obligations in any official encounter. Clarity defines and protects the interests of all parties to the process.

Simplicity is often, although not always, an attribute of clarity. Complexity and technicality are often productive of confusion and, where uncalled for, are to be avoided. It is the nature and quality of the processes which count, not their quantity. For this reason the comprehensiveness of laws should be balanced against the resulting complexity. Often, in terms of law, more will mean worse, and less, better.[50]

Clarity, certainty and precision should not preclude flexibility and discretion at crucial junctures throughout the process. However, discretionary authority does not carry with it the right to its arbitrary exercise.

If clarity breeds understanding and ultimately affects and guides behaviour, a degree of predictability is introduced into the process. Clear, precise, well-understood rules should engender consistency and uniformity (in a word, regularity) in the application of laws.

Finality, also should, ideally, be an attribute of the principle of clarity. If disputes are capable of constant relitigation — if files are never closed — uncertainty, to say nothing of expense, mounting anxiety, or anger, results. Clear procedures should set firm limits on action.

4. The Principle of Restraint

Restraint signifies a minimum of interference. "The basic purposes of the criminal law should be carried out with no more interference with the freedom of individuals than is necessary."[51] Effective procedures necessarily often involve inconvenience to citizens and intrusions into the otherwise inviolate domains of privacy and dignity.

---

50. See Report 3 at 17.

51. See *Report of the Canadian Committee on Corrections*, *supra*, note 3 at 11.

Restraint requires that intrusions upon liberty only be permitted where authorized by law and, even then, only to the extent necessary in the circumstances.

Restraint is characteristic of the responsible exercise of power. "Society should receive the maximum protection from criminals that is consistent with the freedom of those to be protected, at the same time inflicting no more harm on the offender than is necessary."[52] "An acceptance of the need for such limitations is the essence of the rule of law in a free and democratic society."[53]

Restraint is not to be confused with leniency or laxity.[54] Restraint, properly understood, implies "the need to examine carefully the appropriateness, the necessity, and the efficacy of employing the [substantive] criminal law [or procedural powers], rather than these other, less intrusive, less coercive means of dealing with particular social problems."[55]

5. The Principle of Accountability

Accountability is the mechanism for ensuring conformity to standards of action. The rule of law creates conditions whereby the law becomes capable of guiding human action. In order to effectively guide action the law must nevertheless allow and, indeed, provide for the generous, judicious exercise of discretion. Accountability within a system dedicated to the preservation of the rule of law entails the supervision of conformity to law and the provision of effective remedies in cases of deviation from it.[56]

Those exercising substantial procedural power or discretionary authority must be answerable for its use. Like all public officers those administering the criminal law must be accountable for their decisions and the effects of them. Accountability provides a vehicle for preventing or, at least controlling, the abuse of state power. As previously mentioned, discretionary power does not carry with it the right to its arbitrary exercise. "[A]ny person alleging illegal or improper treatment by an official within the criminal justice system should have ready access to a fair investigative and remedial procedure."[57]

---

52. *Ibid.*
53. See Report 23 at 8.
54. See Government of Canada, *supra*, note 4 at 49.
55. *Ibid.* at 41.
56. See Raz, *supra*, note 47 at 202.
57. See Government of Canada, *supra*, note 4 at 65-66.

6. The Principle of Participation

Participation comprehends the values inherent in involvement and consensus. In any system of laws, particularly one dealing with crimes, it is of fundamental importance to involve the citizen in a positive way. The opportunity for a citizen to "have his day in court" or for an aggrieved citizen to take his case to court (especially where a public official has declined to take up the matter) promotes public acceptance of the criminal process.

Participation reinforces and demonstrates the integrity of basic democratic values. Early criminal procedure, described by many as "barbarous,"[58] made little allowance for this principle. At common law the accused was actually precluded from taking the stand in his own defence. The participation of counsel on his behalf in felony trials did not occur until the mid-nineteenth century and the right to appeal against conviction is largely a twentieth-century development.

Where the litigants have a measure of control over the processes which ultimately are to determine their rights and obligations (as they do under the adversary system) the acceptability to them of the decisions rendered by that process is enhanced. "One value underlying the principle is participation in decisions that significantly affect one's life. One reasonably desires to at least be heard, to have one's say, before decisions affecting one are made. Being permitted to participate also evidences others' respect, that one is to be considered seriously."[59]

Openness is a corollary of participation. Citizens can only participate meaningfully and effectively in proceedings that are important to them, where they have knowledge of and access to those proceedings. Open processes also serve the principle of accountability. Public scrutiny of official behaviour is a democratic safeguard which can only be effectively employed where the process is an open one.

7. The Principle of Protection

The protection and maintenance of basic or fundamental values is the primary concern of the criminal law. The criminal law contributes "to the maintenance of a just, peaceful and safe society through the establishment of a system of prohibitions, sanctions and procedures to deal fairly and appropriately with culpable conduct that causes or threatens serious harm to individuals or society."[60] The inclusion of the offender as an individual or member within society entitled to full protection is an important element of this principle.[61]

---

58. See for example, Hampton, *supra*, note 1 at 1.

59. See Bayles, *supra*, note 37 at 54.

60. See Government of Canada, *supra*, note 4 at 57.

61. See *Report of the Canadian Committee on Corrections*, *supra*, note 3 at 11.

As noted, procedural law protects society and preserves the peace since it regulates the formal ways in which the police enforce the law, keep the peace, investigate crime, apprehend offenders and generally serve the public. Procedural law also protects society through the manner in which it regulates the trial process.

B. The Application of Principles to Policy

It is hardly novel to suggest that the key to proper policy development in the criminal process involves the striking of an appropriate balance between the interests of the community in bringing offenders to justice and the rights and liberties of the individuals. This is a vibrant theme; a refrain sounded repeatedly, particularly in the literature of the past quarter century.[62] However, without more, this contention cannot be regarded as other than a harmless axiom, one bereft of organizing virtue.

Principles, if they are to guide policy formation, must conform, at least initially, to some notion of hierarchy. Some principle (or principles) should have a prior or presumptive claim to the attention of the policy maker. All of the principles need not be ranked, but a recognition of inclination or "bias" toward certain of them, if it exists, is important to the initial ordering of policy priorities.

Criminal procedure undeniably inclines toward the protection of rights and liberties. The presumption of innocence, the Crown's burden of proof in a criminal trial, the right to silence, and the right to make full answer and defence all bear testimony to this fact. They are indicia of what we have elsewhere referred to as the "primacy of justice." If there is any dispute as to the veracity of this assertion the introduction of the *Charter* stands as an overwhelming rejoinder. The legal rights provisions of the *Charter*, in particular, speak directly to the subject of criminal procedure.

For this reason the principle of fairness, encompassing as it does the notion of the vindication of rights, including constitutional rights, must for purposes of policy formulation be regarded as *primus inter pares*. But here, again, we must recognize that fairness does not work inevitably and solely to the advantage of only one side in the criminal process. Fairness does, indeed, mean that an individual, if a suspect, is entitled to know and be made aware of his or her rights in order to exercise or decline to exercise them. But fairness also has application to the police or the prosecutor. "Both suspect and police officer should know where they stand, and the rules should

---

62. See *Report of the Canadian Committee on Corrections*, *supra*, note 3; Government of Canada, *supra*, note 4; U.K., *Report of the Royal Commission on the Police* (London: H.M.S.O., 1962); U.K., *Report of the Royal Commission on Criminal Procedure* (London: H.M.S.O., 1981, Chair: Sir Cyril Philips); Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* (Stanford, Calif.: Stanford University Press, 1968); U.S. President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice, *The Challenge of Crime in the Free Society: A Report* (Washington: G.P.O., 1967).

be framed and promulgated in such a way as to enhance general awareness of them."[63] In this regard fairness is linked in an important way to the principles of clarity and accountability. Also, fairness, depending upon circumstances and context, may encompass or comprehend the position within the process of the victim or witness, or even, the concerned but not directly involved citizen.

Placing fairness first merely begins — does not end — the process. Lending presumptive weight to a principle serves to focus the initial discussion of policy alternatives but it can hardly be said to determine the issues. Ultimately "our main social institutions always possess a plurality of features which can only be understood as a compromise between partly discrepant principles."[64] Presumptive weighting also implies that in instances of genuine equivalence, or where doubt exists, the policy maker should choose that option which more closely adheres to or furthers the principle which has been so endowed.

Fairness has a claim to priority, but within our scheme fairness remains but one as among several competing principles. Subject to what has been said, these principles should not be given any absolute ranking as amongst each other. What is necessary, rather, is a recognition that different principles become relevant at different points and in different ways in any consideration of the propriety of policy options for modifying procedural rules within the criminal process.

While some principles, for example fairness and efficiency, can be expected to be at play in almost any question of policy formulation others will have more limited application. The principle of participation, for example, will have its greatest effects in relation to policy issues affecting the trial process. It is here that citizen involvement in such issues as private prosecution, community service orders or victim impact statements arises. By contrast, as regards procedural rules affecting police powers, this principle's role in the formulation of policy will be minimal or possibly even non-existent. (This is not to suggest, however, that mechanisms allowing for citizen involvement in processes directly bearing on police powers do not exist elsewhere, for clearly they do exist. Civil actions and complaints under human rights and ombudsman statutes are but a few of these.)

Fairness, like all of the principles, ultimately will derive its strength, or be diminished, by virtue of the context in which it is considered. Thus in 1969 when the reality of Canadian penal methods was such that much unnecessary pre-trial detention was occurring and many accused persons were held for long periods in primitive, cramped and unsanitary living conditions,[65] fairness demanded the dramatic restructuring of our bail laws. In 1969, it was necessary to observe that "[p]re-trial detention to obtain pleas of guilty or to inflict punishment on a person whose guilt is not established is indefensible."[66] Today, when one examines, for purposes of reform, our bail laws in

---

63. See U.K., *Report of the Royal Commission on Criminal Procedure*, *ibid.* at 20.

64. See H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility* (Oxford: Clarendon Press, 1968) at 10.

65. See *Report of the Canadian Committee on Corrections*, *supra*, note 3 at 101.

66. *Ibid.* at 99.

the context of their enlightened transformation under the *Bail Reform Act*,[67] we find a different confluence of principles. Fairness, ever important, for the most part finds due expression in the legislation and it is now the more pressing and immediate concerns of efficiency and clarity that inspire reform.

C. Our Principles Illustrated

In many, if not most instances, the application of principles to policy involves a process of weighing and balancing competing interests. Chosen policies ordinarily reflect the complex interaction of several principles rather than the naked affirmation of a single concern, such as fairness. Therefore, we cannot usually illustrate our principles in action simply by stating "the following are examples of the fairness principle." Rather, what we are able to provide are illustrations of where one or another of our principles *predominates* or is controlling in the ultimate choice of policy. While the subheadings employed in the ensuing discussion are shorthand references to single principles, the examples provided typically are policy proposals which reflect (within a limited context) the predominance of a particular principle over other competing principles, or are instances where the principle together with one or more other principles has controlled the ultimate determination of policy.

One further caveat: often the proposals contained in a given Working Paper or Report will simultaneously serve more than one policy objective. A recommendation may, for example, further the end of fairness for victims of crime and, in so doing, it may also serve to enhance the efficiency of the system. Therefore the reader should expect to encounter the occasional reference to the same illustration or example under two (or more) different headings.

Many of the illustrations which follow derive from our work in the area of police powers. This is due to the fact that until recent years this area has been the primary preoccupation of our work in criminal procedure. We have published either Working Papers or Reports on virtually all of the subjects falling within the police powers area. More recently however, our work has begun to concentrate on the trial and appeal process.

1. Fairness

In Report 22 on *Disclosure by the Prosecution*[68] the Commission suggested that the traditional notion of disclosure as a largely voluntary and discretionary procedure be replaced by a legislative scheme that would afford judicially enforceable rights to the accused.

---

67. R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 2.

68. LRCC, *Disclosure by the Prosecution* [Report 22] (Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984) [hereinafter Report 22].

The recommendations advanced in Report 22 (at 1-2) proceed upon the premise that statutory rules on pre-trial disclosure would promote "the interests of fairness to the extent that disclosure allows the accused a more enlightened appreciation of the case he has to meet and of his options in meeting it; the risk of surprise would also be minimized, if not eliminated, by disclosure."

Under the Commission's scheme the accused is entitled, before being called upon to elect the mode of trial or to plead to the charge to receive much information that presently depends upon the goodwill of the prosecutor or the negotiating skills of counsel.[69]

The scheme contemplates relaxation of the rules where the public interest would be better served by late disclosure. This could conceivably occur where there is a need to prevent an interference with the administration of justice (for example, in cases where the safety of a witness would be imperilled by early disclosure). In such cases the judge may make an order permitting delayed disclosure.[70]

The proposals contained in Report 23 also reflect a concern for fairness. In that Report the Commission advocated legislative standards as the means for regulating the power to interrogate suspects. Such structuring is required in order to better define the limits of permissible official intrusion upon private interests. Shifting the focus of judicial enquiry at trial from proof of the voluntariness of a confession to an assessment of compliance with the requirements of statute should substantially clarify the law. Also, both the citizen and the police officer benefit from a clearer statement of their respective rights and obligations.

Moreover, fairness finds expression in the scheme's enforcement mechanism — the exclusion of evidence.[71] The remedy of exclusion is an exceptional device which

---

69. Under the scheme the accused is entitled "(*a*) to receive a copy of his criminal record; (*b*) to receive a copy of any relevant statement made by him to a person in authority and recorded in writing ...; (*c*) to inspect anything that the prosecutor proposes to introduce as an exhibit and, where practicable, to receive copies thereof; (*d*) to receive a copy of any relevant statement made by a person whom the prosecutor proposes to call as a witness and recorded in writing or, in the absence of a statement, a written summary of the anticipated testimony of the proposed witness; (*e*) to inspect the electronic recording of any relevant statement by a person whom the prosecutor proposes to call as a witness; (*f*) to receive, where his request demonstrates the relevance of such information, a copy of the criminal record of any victim or proposed witness; and (*g*) to receive, where known to the police officer or prosecutor in charge of the investigation, and not protected from disclosure by law, the name and address of any other person who could be called as a witness, or other details enabling the person to be identified." Report 22 at 13-14.

70. *Ibid.* at 14.

71. It is the policy of the common law to exclude relevant and reliable evidence in circumstances where the determination of truth should be subordinated to protection of ulterior values. This is also clearly the law's policy where constitutional rights have been infringed. So too with statutory law, in some circumstances. One such case is the *Criminal Code*'s exclusionary rule governing the reception of evidence where a violation of privacy in communication has occurred as a result of unlawful electronic surveillance. The exclusion of evidence for reasons unrelated to relevance or reliability is, in essence, an exception of the orthodox view of litigation as a mechanism for ascertaining the truth of specific allegations. The premise which underlies this notion is that exclusion, putatively at the expense of truth, is the cost paid for the protection of higher interests. See Report 23 at 20-21.

serves the objective of promoting the public interest in the fair administration of justice.[72]

The proposition that procedures should be fair and perceived to be so by those affected by them should not be confined in its application to the principal adversaries in the system — the police, the prosecutor and the accused. Anyone affected by the operation of procedural rules has a right to expect fairness. Thus, we sought to ensure the fair and sensitive treatment of victims of crime by our legal system through a redesign of the procedures governing the retention or disposal of things seized in the course of a criminal investigation. Our Report on *Disposition of Seized Property* proposed a comprehensive scheme which, while reducing the costs incurred in the administration of justice, immunizes victims of crime against further victimization through the unnecessary detention of their property.[73]

Fairness to victims is also one of the major themes of Working Paper 52 on *Private Prosecutions*.[74] Under our system the victim of crime is entitled to initiate and, subject to the intervention rights of the Attorney General, to personally conduct his or her own case or to have a lawyer or agent provide representation.[75]

Notwithstanding the fact that our criminal prosecution system is administered by a complement of professional public prosecutors who conduct, in the name of the state, the vast bulk of criminal prosecutions, situations will inevitably arise where the public prosecutor declines to pursue a case. The reasons behind such decisions may well be legitimate and understandable in the context of the exercise of an official discretion but the victim/complainant nevertheless may not wish to accept that decision. The Working Paper endeavours to ensure that an aggrieved individual not feel shut out of the criminal justice system.

---

72. Report 23 (at 22) proposes a qualified rule of exclusion; one predicated upon a presumption of inadmissibility that can only be dislodged by proof of compliance with prescribed rules, or by proof that the admission of evidence obtained in contravention of those rules would not bring the administration of justice into disrepute.

73. LRCC, *Disposition of Seized Property* [Report 27] (Ottawa: LRCC, 1986). In this Report, we set out an effective, streamlined, accessible procedure which enables any victim of crime whose property has been detained by the police or the Crown for evidentiary or other purposes to apply to a judge for restoration of the property — assuming it has not already been voluntarily returned. This application procedure favours the dispossessed property owner since it places the onus on the Crown to establish, to the satisfaction of the Court, legitimate reasons for withholding restoration of the property. The proposals provide, where possible, for evidentiary alternatives to the production of the actual thing seized to be used as proof at trial. Therefore, the presiding judge is empowered to order an accurate record of the thing(s) seized to be made, either by affidavit, photograph, videotape, or other means.

74. LRCC, *Private Prosecutions* [Working Paper 52] (Ottawa: LRCC, 1986) [hereinafter Working Paper 52].

75. *Ibid.*, see especially Recommendation 6 at 31.

The Commission concluded that an expanded role for the citizen in private prosecutions should be expressly recognized in the *Code* and that the formal aspects of it ought to be directly incorporated into the rules of criminal procedure.[76]

Another illustration of the fairness principle is to be found in our work pertaining to conditions of pre-trial detention as they relate to the right to make full answer and defence.

The international community has recently begun to study the subject of the pre-trial detention of persons accused of crime. A number of evolving instruments seek to ensure that persons in pre-trial custody shall be accorded appropriate and humane treatment subject, of course, to the necessity to impose conditions and restrictions required for the maintenance of security and order in the place of custody. (This is the nature of the evolving United Nations "Draft Body of Principles for the Protection of All Persons Under Any Form of Detention or Imprisonment.")[77] Consistent with this, the Commission, in a forthcoming Working Paper on *Compelling Appearance, Interim Release and Pre-trial Detention*, will offer concrete proposals detailing how our concurrence with evolving international standards can be given specific statutory expression within the procedural criminal law. As mentioned, our particular focus will be on the need to better facilitate the right of detainees to make full answer and defence.[78]

This same Working Paper on *Compelling Appearance, Interim Release and Pre-trial Detention* is also concerned with the possible inequitable treatment of witnesses within the criminal process. Presently, to deal with the problem of the recalcitrant or uncooperative witness, the *Code* unsatisfactorily provides various means to compel attendance and, where necessary, allows for the detention of the witness.

The existing *Code* release provisions arguably violate the equality guarantees of the *Charter* since, in some instances, they treat witnesses more harshly than accused

76. Therefore, it was recommended that the private prosecutor should, subject to the overriding right of the Attorney General to supervise all prosecutions, enjoy the same rights as the public prosecutor in carrying his case forward (including the same rights of appeal). These recommendations differ from the present state of the law which provides full latitude to the private prosecutor only in minor (i.e., summary conviction) matters. *Ibid.* at 27-31.

77. United Nations, "Draft Body Principles for the Protection of All Persons Under Any Form of Detention or Imprisonment" in *Report of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities*, E/CN. &/1296 (Geneva, 1978) at 17.

78. Specifically, the Working Paper recommends that a person in pre-trial custody
    1. shall be informed without unreasonable delay of his or her rights;
    2. shall be given a copy of the warrant of remand or committal, or other document which is the authority for detention;
    3. shall (a) be afforded reasonable opportunities to consult with counsel; (b) be allowed to send confidential written messages to counsel and to have messages forwarded without delay; and (c) be permitted to meet with counsel in sight, but not within hearing, of peace officers or other persons in authority;
    4. shall be given a reasonable opportunity to see and communicate with family and friends and in an appropriate cases, with consular or diplomatic officials;
    5. shall have the right to be examined by an independent physician upon his request, or upon that of family or of counsel;
    6. shall have reasonable access to legal or other relevant material.

persons.[79] The Working Paper therefore concludes that a revised scheme of interim release must, at a minimum, provide material witnesses with treatment equal to that accorded accused persons. Thus, to take just one example, the present *Code* provisions provide that a justice ordering detention of an accused person must give reasons for making the order but impose no similar obligation on the justice to justify detention when incarcerating a witness. Clearly, this must be modified. Any scheme of interim release must ensure that reasons be given to all those whose liberty is compromised.

2. Efficiency

A well-known legal maxim declares that "justice delayed is justice denied." Questions of fairness aside, delayed justice is also inefficient.

Save for a few minor exceptions, there are no limitation periods governing the prosecution of criminal offences. Yet, to promote efficiency the law ought to accord some formal recognition to the vice of delay. A typical means for doing so is through the enactment of limitation periods. In Working Paper 54 on *Classification of Offences* we proposed "that no proceedings in respect of a crime punishable by two years or less imprisonment be *instituted* more than one year after the time when the subject-matter of the proceedings arose and the identity of the offender has been ascertained by investigators."[80]

Under the present law there are absolutely no limitation periods governing the period between the laying of a charge and the commencement of trial. This makes Canadian criminal procedure substantially different from other systems of criminal procedure. In a forthcoming Working Paper on the trial process we will be recommending the enactment of limitation periods pertaining to the period between charge and trial. These limitation periods, which when breached could have the effect of terminating a proceeding, would be regarded as presumptive periods and the courts would possess a restricted ability to extend time.[81]

While statutory limitation periods initially appear as a beguilingly simple remedy to the problem of inefficiency or delay in the administration of justice we recognize that, in truth, time limitation legislation is not a panacea. Delay, if it is to be significantly alleviated as a feature of our court and trial processes, must be attacked on several fronts, not all of which are legislative. There is a significant political dimension which spans both federal and provincial fields of responsibility. Furthermore,

---

79. For example, the Court when dealing with an arrested witness has only two options available to it — either a release on a traditional recognizance (that is, with or without sureties) or detention. There are no provisions similar to those applicable to release decisions concerning accused persons which allow for an undertaking with conditions or any graduated "ladder" principle to assist in the determination of the issue of release.

80. LRCC, *Classification of Offences* [Working Paper 54] (Ottawa: LRCC, 1986) at 45 [hereinafter Working Paper 54].

81. Under our scheme, when extending time, a court could also provide remedies (such as an order expediting trial and costs) to an affected party in defined circumstances outlined in the *Code*.

the problem of resource allocation, or economic commitment, is ultimately crucial to the success of any reform effort. In short, time limit legislation cannot reduce delays in the administration of criminal justice unless complementary action is taken to address the factors that contribute to the root causes of delay.

Delays at trial can often also be traced to the inefficiencies of the pre-trial process. In a forthcoming Working Paper on the trial process we will be exploring several mechanisms that assist in expediting and simplifying the ultimate trial of a criminal case. These procedures shift the "centre of gravity" of the criminal process. They promote the early resolution of contentious issues that have traditionally, but needlessly, been left until much later in the process. Consequently they promote a fuller understanding of the case to be met by each party. If implemented, these procedures can reduce complications, delay and expense at trial and possibly even eliminate the need to go to trial. Three particular procedural mechanisms are analysed: pre-hearing conferences (to promote the sharing of information between parties and the achievement of consensus on non-contentious issues), pre-trial motions and motions to be made at the outset of trial (both of which are designed to assist in the resolution of contested issues before the trial proceeds).

Inefficiency must be addressed in imaginative ways. Modern solutions are required. In two separate Reports[82] the Commission has attempted to bring the criminal law more completely into the twentieth century through the introduction of telewarrants. In essence, the telewarrant adapts the procedures for issuing warrants (whether to conduct a search or effect an arrest) to current telecommunications technology. Under the Commission's proposals, rather than requiring the personal appearance of the officer before a justice of the peace when applying for a warrant, a police officer may, in some circumstances, submit his application by telephone. These recommendations are designed to improve the efficiency of peace officers who, often at great inconvenience, are obliged to travel considerable distances to obtain the necessary authorization to perform their duties under law. While personal attendance remains the preferred method

82. See LRCC, *Writs of Assistance and Telewarrants* [Report 19] (Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1983) at 77 [hereinafter Report 19]; and *Arrest* [Report 29] (Ottawa: LRCC, 1986) at 32 [hereinafter Report 29].

for obtaining warrants the Commission endorses the optional use of telewarrants where personal attendance is impracticable.[83]

As noted, the Commission's proposals in Report 22 and Report 23 were prompted by considerations of fairness but a concern to improve efficiency is also manifest. Efficiency under a scheme of mandatory pre-trial disclosure would be increased simply by the reduction of delay in eliciting information of direct relevance to the preparation and resolution of the case.[84] Comprehensive disclosure is also productive of efficiency because when the parties are more fully apprised of the case to be met an acceleration in the disposition of charges should occur since more admissions, committals by consent, informed guilty pleas or withdrawals by the Crown will appear as a result.[85]

In the area of police interrogation the investigatory process could be rendered more efficient if better methods and mechanisms were created for ensuring that the most accurate, thorough record possible of a statement and the circumstances in which

---

83. Although the telewarrant is designed to enhance efficiency in the investigative process, a number of safeguards have been built into the process in order to ensure that it remains procedurally fair. The Commission's telewarrant procedures contain the following safeguards:
    1. The information submitted in support of an application for a warrant is taken on oath and is to be recorded verbatim.
    2. The issuing justice is obliged to file a certified transcript of the application and the original warrant with the clerk of the court as soon as practicable.
    3. The telewarrant could not be used, in the case of a search, to conduct a surreptitious entry, search or seizure upon private premises. A copy of the telewarrant must be presented to the occupier before entry or as soon thereafter as possible; in the case of unoccupied premises, a copy of the telewarrant must be left suitably and prominently affixed within the premises.
    4. The telewarrant document should contain a notice advising that the search was conducted pursuant to a warrant issued by telephone or other means of telecommunication; also, the notice should specify the address of the clerk of the court where the information used to obtain the warrant and the original search warrant itself are on file.
    5. In the case of a search, police officers are required both to conduct their search and file a report with the clerk of the court within three days of the telewarrant's issuance.
    6. In the case of a search, should the search subsequently be challenged, the failure to produce the requisite record of the application or the original warrant constitute *prima facie* proof that the search or seizure was not authorized by warrant. See Report 19 at 106-107.
    7. In the case of an arrest, a justice shall not issue a warrant unless he has reasonable grounds to believe that issuance is necessary in order "(a) to ensure that the person will appear in court; (b) to conduct investigative procedures authorized by statute; (c) to prevent interference with the administration of justice; (d) to prevent the continuation or repetition of a criminal offence; or (e) to ensure the protection or safety of the public." See Report 29 at 28.

84. Non-disclosure or late disclosure can result in an uninformed election or plea which may later require rectification through a re-election or change of plea. Protraction of the case is an inevitable result in such circumstances. Also, failure to disclose, whether in whole or in part, can impair the accused's ability to prepare his defence fully. Moreover, delay is rife in the criminal courts due at least partially, to the fact that the preliminary inquiry (and the opportunity of cross-examination which it presents) is commonly exploited as a mechanism for disclosure. To the extent that non-disclosure provokes investigative (that is, lengthy and protracted) cross-examination during preliminary inquiries, in circumstances where disclosure would obviate the need for it, the case for increased efficiency through mandatory disclosure is clear. See Report 22 at 15-16.

85. *Ibid.* at 16. Similarly, a judge with knowledge that the defence has had disclosure from the Crown will be in a surer position to make rulings, for example, on amendments, severance or particulars, and more generally to urge counsel to expedite proceedings by admissions or other means.

it was made is compiled.[86] For this reason the Commission has advocated the use of electronic recording technologies in the taking of confessions or statements.[87] Improved quality in the recording of a statement also has several beneficial corollary effects on the process which augment its efficiency.[88]

Finally, the enlightened transformation of our bail laws under the *Bail Reform Act* has resulted in a legislative scheme in which, for the most part, fairness finds due expression. It is therefore not surprising that presently the more pressing and immediate needs of improved efficiency have captured centre stage in our reform endeavours.

In most respects the policies embodied in the present *Code* concerning compelling appearance and interim release are enlightened and sensible. Nevertheless, the overall scheme is unnecessarily complex, difficult to understand, and awkward to apply. As a result, it suffers from a lack of clarity with resulting inefficiencies.

For example, inefficiency is evident where three different documents, or forms of documents, must be used when a single one would suffice. The present appearance notice, promise to appear or recognizance (documents issued by the arresting peace officer or officer in charge, as the case may be) could easily be consolidated into one form of documentary notice called an appearance notice.

Another form of inefficiency which finds complex expression in the present legislation results when different grades of peace officers[89] and different levels of

---

86. For this reason Report 23 proposes that police officers who participate in the questioning of a suspect should, as soon as possible, and to the fullest extent possible, make a record of all questions put and statements made.

87. *Ibid.* at 17-19.

88. First, almost all doubt about the accuracy of the record and the content of the statement at issue disappears. Second, the margin for doubt concerning the actual circumstances at the time the statement was made is reduced. Third, the general employment of electronic recording techniques should reduce the length and frequency of *voir dires*. (Theoretically, electronic recording should even increase the incidence of admissions of voluntariness and waivers of the *voir dire*.) Fourth, a corresponding increase in guilty pleas is to be expected. Fifth, a resulting reduction in the amount of time spent by officers giving evidence in court should occur. And finally, there should be a reduction in the incidence of allegations of police misconduct. *Ibid.* at 18-19.

89. With regard to the police, this so-called "ladder principle" works on two axioms: first, the competence to authorize the release of a person suspected or accused of crime is vested in progressively senior officers of the police or the judiciary depending upon the gravity of the alleged offence; second, for each decision made with respect to arrest, detention or release there is generally scope for review at a higher level of authority. The manner in which these principles have been given effect in the allocation of competence over matters of interim release defies easy summary or rationalization. For present purposes, suffice it to say that the arresting officer has certain powers of interim release that can be exercised "on the street" depending upon the nature of the offence involved. Where the offence is of a more serious nature the criminal suspect must be taken into the police station and the issue of release must be determined by a more senior officer (designated in the *Code* as the "officer in charge") or the suspect must await consideration of release by a judicial officer within twenty-four hours.

judges[90] are given differing release powers. The Commission in its forthcoming Working Paper on *Compelling Appearance* has therefore recommended the removal of the existing distinction between the release powers of arresting officers and officers in charge. Also, with respect to the jurisdiction of judges, the Commission has proposed that the provincial courts be given plenary jurisdiction over all matters of interim release, including those matters now exclusively reserved for a superior court judge under section 457.7 of the *Code*.

3. Clarity

Clarity should always be a principal concern in law reform. It bears an intimate relationship to the principle of restraint since *defining* the limits of permissible state intrusion also *clarifies* the limits of official power. Thus, for example, when seeking through legislation to restrain the resort to and exercise of police powers, ideally a clarification of the respective rights and obligations of the citizen and the police in any investigative encounter should also occur.

Our work in the area of police powers and procedure rests on the fundamental premise that fixed, clear and reasonable limits must be placed on the investigative powers of the police. There is no point in the criminal process where a greater potential for disparity between state and individual power and resources exists than at the investigatory stage. This is particularly the case where a criminal suspect has been arrested or detained. In the absence of clear and comprehensive rules — that is, wherever gaps exist in the law — enormous opportunity for oppression and intimidation arises. One striking instance involving the failure to comprehensively regulate criminal investigations involves the obtaining by police of forensic evidence.[91]

Investigative techniques beyond simple interrogation, "frisk" searches and the like, for the most part, have not been the subject of clear statutory regulation in this country. No uniform policy is readily discernible. No rational and comprehensive code is in place to deal with questions such as when investigative procedures may be used, how they should be performed, or what the rights and obligations of prospective subjects are. Yet the nature of the investigative procedures which are gathered under the umbrella of "forensic evidence" are potentially more intimate than the classic or traditionally recognized investigatory procedures of interrogation or search and seizure.

---

90. Insofar as the judiciary is concerned the ladder principle operates so as to preclude provincial court judges from determining issues of release with respect to a select list of offences found in section 457.7 of the *Code* (the most important or prevalent of which is murder) notwithstanding the fact that they are charged with administering the *Bail Reform Act* with regard to all other offences. (The provincial court judge may determine the issue of release where the charge is one of attempted murder or manslaughter but, under the present *Code* provisions, may not exercise authority on the question of bail where the charge is murder *simpliciter*.)

91. Closely related to this topic are such matters as questioning suspects and search and seizure, matters which have been addressed in separate Commission Reports. See LRCC, *Obtaining Forensic Evidence* [Report 25] (Ottawa: LRCC, 1985) [hereinafter Report 25]; Report 23; and *Search and Seizure* [Report 24] (Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984) [hereinafter Report 24].

Specifically, they involve procedures that utilize the person's body or mind as the source of incriminatory evidence.[92]

The proposals in our Report 25 promote clarity by indicating precisely which investigative procedures should normally be available only where authorized by judicial order (Rec. 4) and which procedures should be subject to outright prohibition (Rec. 2).[93]

The Commission's proposals for the reclassification of offences also mark a clarification of and an improvement in our procedural law.

Working Paper 54 concludes that the present system of classifying offences is not systematic and does not classify criminal misconduct in any meaningful way. Ideally, when processing an accused person who has been charged with the commission of an offence, the nature of the offence should operate as a reliable guide to ascertaining the applicable procedural rules. Unfortunately the present *Code* classification scheme is obscure, confusing and complicated, and does not operate in this fashion.[94] Under the present *Code* arrangements many procedures apply differentially to offences within the same class. In fact, our classification rules are riddled with exceptions and anomalies.

Working Paper 54 establishes a framework to indicate how a crime falling within a particular classification will be dealt with at various stages of the criminal process. Within this framework, once one is able to situate a crime within a class one is able to identify more easily the procedures that apply to that crime from the moment of arrest through to possible disposition upon conviction.

---

92. Under the general rubric of "investigative procedures in respect of the person" one encounters such procedures as: lineups and showups; "strip searches"; searches of the person for concealed or foreign objects by means of X-rays, the probing of body cavities; fingerprinting; the removal of hair, blood, saliva or other body substance samples for laboratory analysis; the administration of various drugs or substances (for example, "truth drugs", emetics, enemas); physical performance tests (that is, tests for assessing alcohol- or drug-induced impairment); the taking of breath samples; polygraph examination; psychiatric examination; hypnosis and so on. See Report 25 at 2.

93. *Ibid.* at 36-39. The Report recommends that the issuance of a judicial order (where one is required) should be permitted "only where (a) the subject of the proposed procedure has been charged with an offence punishable with imprisonment for five years or more; (b) there are reasonable grounds to believe that the carrying out of the proposed procedure will provide probative evidence of, or relating to, the offence with which the subject has been charged; and (c) there is no less intrusive means practicable for obtaining the evidence to which the proposed procedure is directed." (Rec. 5)

94. The present *Code* provisions governing trial by jury demonstrate how the present system is needlessly complex and could be measurably improved if relatively simple alterations were to occur. For example, trial by jury is only possible in relation to indictable offences. However, not all indictable offences carry an entitlement to trial by jury. (Those listed in s. 483 of the *Code* may only be tried before a provincial court judge sitting alone.) Some indictable offences (indeed a majority of them) link trial by jury to the exercise of an election by an accused person. Still other indictable offences (listed in s. 427 of the *Code*) make trial by jury mandatory and require the trial to take place before a superior court judge sitting with the jury. Our scheme proposes that every person charged with a crime punishable by more than two years imprisonment (section 483 offences will not reside within this class) should have a right to trial by jury.

The present *Code* contains sixty-five hybrid offences.[95] These crimes offend the clarity principle because of their deliberately ambiguous, ultimately uncertain nature. For example, mischief in relation to data (*Code*, s. 387(5)) and theft or forgery, etc. of a credit card (*Code*, s. 301.1) are both serious offences when prosecuted on indictment. Each carries liability to a ten-year maximum sentence, if a person is convicted. The maximum penalty available where the same offence is prosecuted by summary conviction procedure is six months imprisonment. Logically, if Parliament wishes a higher penalty or a more stringent procedure to apply when particular aggravating circumstances exist, then it should clearly and precisely define the crime in such a manner as to make those aggravating circumstances necessary elements of the offence. At present where these offences are involved one single, general definition of misconduct applies regardless of whether the prosecution is by summary conviction or upon indictment.

These peculiar hybrid offences interfere with the systemic integrity of any classification system.[96] To rectify this the Commission has proposed that all crimes enacted by Parliament should bear only one classification and that no crime should be designated as or possess the characteristics of a Crown option, dual procedure or hybrid crime.

4. Restraint

The practice of restraint entails limitations on official power. Intrusions on liberty may be permitted where expressly authorized by law but only to the extent necessary in the circumstances. Writs of assistance, which until recently were provided for under four statutes — the *Customs Act*, the *Excise Act*, the *Narcotic Control Act* and the *Food and Drugs Act*[97] — have been found by the Supreme Court of Canada to be "constitutionally inadequate"[98] and are, in the opinion of the Commission, contrary to the principle of restraint. Report 19 (at 35) asserts that "a statutory regime which exempts the State from justifying its use of intrusive search powers before the event, and which confers powers of search and seizure unbounded by limitations as to the use of force, unbounded by time, unbounded by place, and unbounded by requirements of

---

95. These crimes may be prosecuted either upon indictment or by summary conviction procedure at the discretion of the Attorney General, or his agent. At present the court exercises no supervisory jurisdiction over this prosecutorial discretion and no criteria to guide its use are set out in the *Code*. They are sometimes referred to as dual procedure or Crown option offences.

96. Hybrid offences contribute to uncertainty and confusion inasmuch as an individual cannot know the nature of his jeopardy or the procedural implications of the charge until some considerable time has passed after the laying of the charge. In order to ensure a greater measure of certainty the courts, in the absence of statutory guidance, have been required to clarify, for procedural purposes, the nature of an offence (i.e. is it summary or indictable?) during the period prior to the prosecutor's election. For example, until relatively recent times it was uncertain whether an individual charged with a hybrid offence had to submit to fingerprinting upon arrest or subsequent to it in the period before the prosecutor had formally indicated his election: See e.g., *R.* v. *Toor* (1973), 11 C.C.C. (2d) 312 (B.C.S.C.).

97. The *Custom Act*, R.S.C. 1970, c. C-40; the *Excise Act*, R.S.C. 1970, c. E-12; the *Food and Drugs Act*, R.S.C.. 1970, c. N-1, the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. F-27.

98. See *R.* v. *Hamill* (1987), [1987] 1 R.C.S. 301 at 307.

reasonable belief is necessarily antithetical to our common-law traditions and our constitutional aspirations."[99] For these reasons, amongst others, the Commission has recommended the abolition of writs of assistance.[100]

Our proposals concerning the writ seek to curb or restrain judicial as well as police authority. Judges would no longer be entitled to issue what is, in effect, a blank cheque to the police. Of course, at the same time the police would no longer be entitled to rely upon the blanket authority of this extraordinary judicial warrant.

Restraint and accountability are linked. The restraint principle declares that where procedures intrude on freedom they should be used with restraint whereas the principle of accountability goes on to hold that once intrusions on freedom are authorized by law those exercising procedural power or authority should be accountable for their use. These interests converge when considering the subject of electronic surveillance.

The methods of modern criminals justify resort to modern surveillance technology notwithstanding the threat to individual privacy posed by such invasive techniques. Nevertheless, the Commission also recognized that this grant of authority cannot be *carte blanche*. Rather it must be statutorily structured and confined.[101]

It is now clear under the present law that the police possess implicit authority to enter private premises covertly in order to install or remove a listening device.[102] Nevertheless, there is still considerable ambiguity concerning the exercise and use of this power. Accordingly, the Commission has recommended in Working Paper 47, *Electronic Surveillance*,[103] that express, limited police authority to enter surreptitiously only be conferred by the statute in carefully delimited circumstances. Under our scheme

---

99. In Report 24 the Commission advocated a codal arrangement which would make search with warrant the rule and search without warrant the exception. Searches conducted under the authority of a writ of assistance are in every material respect the same as warrantless searches. To make prior authorization procedure meaningful, it is necessary to enable the person authorizing a breach of an individual's privacy, in advance of the search that is to be conducted, to assess the evidence in support of the need for such a search in an entirely neutral and impartial manner. No such prior authorization requirement is embodied in writs of assistance legislation.

100. This comports with the position taken by the Supreme Court of Canada in *Hunter et al.* v. *Southam Inc.* (1984), [1984] 2 S.C.R. 145; (1984) 11 D.L.R. (4th) 641. In that case the Court held that under s. 8 of the *Charter* (which proscribes unreasonable searches and seizures) an assessment must be made in particular circumstances whether the public's interest in being left alone must yield to the government's interest in intruding on the individual's privacy in order to advance the goal of effective law enforcement. Section 8 of the *Charter* exists in order to prevent unjustified searches. In interpreting s. 8 the Supreme Court of Canada has stated that, where feasible, prior authorization (that is, a warrant granting process) is a pre-condition to a valid search and seizure. A warrantless search, and consequently one conducted under the authority of a writ of assistance, is *prima facie* unreasonable under s. 8 of the *Charter*.

101. Many of the specific proposals serving this objective are discussed within, under the heading of accountability. For present purposes however, our focus should be on those matters which most clearly promote the principle of restraint.

102. This had been a point of considerable controversy prior to recent rulings by the Supreme Court of Canada on the subject. See *Lyons* v. *R.* (1984), [1984] 2 S.C.R. 633; and *Ref. Pursuant to s. 27(1) of Judicature Act* (1984), [1984] 2 S.C.R. 697.

103. See LRCC, *Electronic Surveillance* [Working Paper 47] (Ottawa: LRCC, 1986) at 48-49 [hereinafter Working Paper 47].

covert entry onto private premises may only occur where the authorizing judge has made an express order to such effect.

To promote restraint and to protect the privacy of individuals, particularly that of unsuspected persons, the Working Paper propounds a scheme which specifically directs the authorizing judge to consider inserting in the order a number of terms and conditions that are designed to ensure that only the conversations of targeted persons will be intercepted and recorded.[104] The concern to protect privacy while not unduly impairing the legitimate needs of law enforcement also surfaces in the law relating to arrest.

An ancient maxim states that "a man's home is his castle," but the recent Supreme Court of Canada decision in *R.* v. *Landry*[105] has cast doubt on the notion of the inviolability of one's home. It remains important to protect the family dwelling from unnecessary intrusions and the Commission has therefore recommended in Report 29 that, subject to narrow but important exceptions, in the absence of consent, a peace officer may only enter a private dwelling to effect arrest when he is in possession of a warrant for arrest, and believes on reasonable grounds that the person to be arrested is in the private dwelling.[106]

However, the principle of restraint, while important, cannot be taken as an absolute. Swift intervention to protect a person's life should justify a departure from the usual legal requirements and the Commission has recognized this within its proposed arrest regime.

The principle of restraint also finds expression in the Commission's recommendations concerning questioning suspects and obtaining forensic evidence. Report 23 (at 3-4) advocates restraint through the enactment of rules designed to protect the rights of a detained person by requiring that a suspect (that is, a person who is in jeopardy of

---

104. *Ibid.* at 38, Recommendation 22. One such term provides "that where it is proposed to intercept communications at a telephone to which the public has a right of access, then any interceptions shall only be on the basis of live monitoring and accompanied by visual surveillance." This mechanism is designed to prevent unjustified interferences with liberty and thus advance the interests of restraint.

105. (1986), [1986] 1 S.C.R. 145; (1986) 65 N.R. 161; (1986) 50 C.R. (3d) 55 (S.C.C.).

106. Report 29 at 39-40, Recommendation 8. Under the proposals, in order to execute the warrant the officer must announce his presence, indicate his identity and make a demand to enter. Also, the officer must wait a reasonable period of time before entry. Furthermore, the peace officer would not need to obtain a warrant before entering a private dwelling if the person to be arrested was committing or was about to commit an offence likely to endanger life. Finally, a peace officer need not comply with the requirement of announcing his presence and demand to enter where there would be a risk to the peace officer or another person in doing so.

prosecution or conviction) be apprised of the right to remain silent before being questioned by a police officer.[107]

The proposals on questioning suspects seek to define and protect not merely the interests of the suspect/accused but the interests of *all* the parties to the process of investigation and prosecution. Constraining agents of the state to act in accordance with prescribed standards serves to protect individual rights and also maximizes accountability in the investigative process. Prosecutors seeking to secure convictions on the basis of confessions obtained in a manner which conforms to known or ascertainable standards are well served by procedural rules which restrain official action in this way.

In a similar vein Report 25 contends that the subject of the police investigation must be properly and comprehensively informed about the investigative procedures contemplated.[108]

Notwithstanding its emphasis on restraint the Report nevertheless recognizes the legitimacy and utility of a significant number of such investigative procedures.[109] In keeping with the restraint principle a number of procedures of a "medical" nature are absolutely prohibited under the scheme because they constitute inherently objectionable methods of criminal investigation due to the intimate nature of the intrusion contemplated.[110]

---

107. See also Report 23 at 11-12 and 14. The Commission's proposals exhibit fidelity to the restraint principle in that they limit the ability of a police officer to question a suspect with regard to any offence unless the person is first given a warning as to his right to remain silent and to contact a lawyer. Of particular importance in this area is the clarification of the definition of who is a "suspect." Unless the individual is characterised as a suspect, compliance with procedural rules may not be required since it may be argued that the individual under interrogation does not enjoy a status protected or governed by the rules. The threshold for the application of the Commission's proposed rules is belief that a person has committed an offence. Thus, the proposed rules apply to instances where the officer has the quantum of suspicion that would justify an arrest of the suspect, regardless of whether or not an arrest is made.

108. Report 25 at 42-43, Recommendations 9-12. The police must tell the suspect the reason the procedure is being employed and whether he or she is required by law to submit. In cases where consent is required the subject must be told the nature and purposes of the proposed procedure; whether there are any significant risks to health or safety; that he or she may consult with counsel before submitting; and that consent may be refused or withdrawn at any time. In addition, to provide maximum protection for the privacy and health of the subject the scheme requires that the procedure be conducted with the utmost privacy having regard to the nature of the procedure and that the procedure be administered by a qualified person. An attempt must be made to ensure minimum discomfort in the conduct of any investigative procedure in respect of the person.

109. Indeed, in several instances the Commission advocates explicitly conferring the power to carry out investigative procedures which at present possess a vague or questionable legal status. *Ibid.*, see Recommendation 4 for a complete listing of relevant investigative procedures.

110. *Ibid.* at 36-37, Recommendation 2. The Commission's proposals prohibit absolutely the administration of any substance (such as "truth drugs," emetics or enemas); any surgical procedure that involves the puncturing of human skin or tissue such as the surgical removal of bullets, (but not including the taking of blood samples in narrowly defined circumstances from suspected impaired drivers); any procedure designed to remove the contents of the subject's stomach (such as stomach pumping or gastric lavage); and any procedure designed to produce a pictorial representation of any internal part of the subject that is not exposed to view (such as X-ray, ultrasound, or other such potentially dangerous procedures having a similar purpose).

Some unusual manifestations of the restraint principle are to be found in our proposals concerning public and media access to the criminal process.[111] In advocating a prohibition on automatic publication bans, we sought to restrain the arbitrary power of a party litigant to curtail the right of the media to report upon events at a bail hearing or preliminary inquiry in the absence of a demonstration of the necessity for such a restriction upon the openness of the proceedings.[112] Similarly, in the same paper we sought to curb the judicial power to exclude the public from criminal proceedings on the loose ground of protection of public morals.[113] Both examples demonstrate that the principle of restraint is not confined in operation to the exercise of police authority.

5. Accountability

Accountability would be a chimera if those exercising substantial procedural power or discretionary authority were not answerable for its use. The maxim "where there is a right there is a remedy" is no mere slogan.

Indeed, our laws of criminal procedure have long contained mechanisms for responding to breaches of procedural requirements. While these provisions are of a remedial nature they have not always been labelled or regarded as remedies. The granting of an adjournment where a party is taken by surprise is clearly a remedy to the unsuspecting side. The provision of particulars where a pleading discloses insufficient details provides another ready example. So too, with those provisions in Part XXIV of the current *Code* which allow for an order of costs to be made in summary conviction proceedings. Remedies are not some new constitutional innovation. Rather they are part and parcel of the general statutory law of criminal procedure and are to be found in good measure within the common law as well. (Witness, for example, the remedy of exclusion under the law of confessions.)

The Commission has made recommendations concerning the enforcement of various procedural schemes such as *Electronic Surveillance* (Working Paper 47), and investigative powers such as *Questioning Suspects* (Report 23) or *Obtaining Forensic Evidence* (Report 25). The Commission, in a forthcoming Working Paper on *Remedies in Criminal Proceedings*, will provide a more general treatment of the subject of remedies to assist in the enforcement of its proposed rules.

The proposed scheme will attempt to promote compliance with the rules, and where this is not possible, will attempt to restore the parties to the positions they occupied prior to the violation of the rules. The *Remedies* Working Paper proposes that a residual rule should be enacted in order to close any gaps in the system that may remain if the other more specific remedy sections are inapplicable. Also, where judicial

111. See LRCC, *Public and Media Access to the Criminal Process* [Working Paper 56] (Ottawa: LRCC, 1987) [hereinafter Working Paper 56].

112. *Ibid.* at 45, Recommendation 3.

113. *Ibid.* at 46, Recommendation 4.

balancing of competing factors is required when determining whether the granting of a remedy is appropriate, the proposals cautiously attempt to set the parameters of the discretion or the appropriate tests to be applied. In essence the Working Paper seeks to establish an accountability mechanism and framework for the enforcement of the Commission's proposed rules of criminal procedure.

Perhaps the most well-known and controversial accountability device within our law is the remedy of exclusion of evidence. Our belief, as expressed in a number of Working Papers and Reports, has been that the exclusion of evidence is an exceptional, occasionally appropriate mechanism for enforcing procedural rules. One effective way to supervise the manner of acquiring evidence is to threaten the denial of its use if the evidence is obtained in contravention of procedural standards.

Exclusion of evidence is one of the remedies which we have provided for breaches of our rules governing electronic surveillance. A number of other mechanisms have also been suggested in Working Paper 47 in order to enhance accountability. However, true accountability is difficult to achieve when the power or authority that is conferred is exercised at a secret or *sub rosa* level, as is the case in this area of the law.

One of the twin purposes for which electronic surveillance legislation was enacted in Canada was to protect the privacy of individuals.[114] Therefore offences were created prohibiting the interception of private communications, the disclosure of private communications and the possession of equipment for the purpose of intercepting private communications. At the same time the case had also been demonstrated for allowing the use of electronic surveillance for a second, complementary purpose — the effective investigation of crime by the police.[115] Thus, a scheme for judicial authorization of interceptions was also enacted.

The Commission's study of electronic surveillance (Working Paper 47) seriously questions whether the present legislation actually protects the individual's legitimate expectations of privacy.

Wiretapping and other forms of electronic eavesdropping investigation were always intended to be of an exceptional nature. Since the enactment of Part IV.1 of the *Code*, and particularly since the enactment of the 1977 amendments, concerns have been voiced that electronic eavesdropping has been used with far greater frequency than was originally intended and with far fewer restrictions than was originally envisaged.

The need for enhanced openness and accountability in the electronic surveillance process has become increasingly apparent over the years. Thus, from the standpoint of reform, the Commission approached several of the provisions of the legislation by questioning the justification for secrecy and confidentiality which they entail. By opening up the system and providing judges with necessary direction, information and supervisory powers, and by defining more precisely the rights and duties of the various

---

114. *R.* v. *Welsh and Iannuzi (No. 6)* (1977), 32 C.C.C. (2d) 363 at 369 (Ont. C.A.).
115. *Ibid.*

participants in the process it was hoped that much of the present suspicion and distrust would be eliminated and that the process as a whole would manifest a greater degree of accountability.[116] Since more information, and hence more accuracy, would be brought into the decision-making process, the ability to supervise that process would be augmented and the privacy of individuals would be better safeguarded.

Open processes generally are regarded as guarantors of responsibility in the exercise of official authority. A number of the Commission's publications reflect this view. Our Working Paper 56, for example, contains numerous recommendations that are designed to promote access to the process and provide channels for obtaining information about it.

The Working Paper 54 proposes that the *Code* should, in general, reflect an orientation (one characterized as a "presumption") in favour of openness. From this flows the belief that all judicial powers should be exercised in public and public access to court documents relating to those proceedings should be allowed unless specifically limited, in defined circumstances.

The *Code* is presently littered with a plethora of bans or limits on the public's ability to attend criminal proceeding or gain access to documents relevant to those proceedings. The policies underlying such restrictions or limitations are unclear and often divergent. Working Paper 56 analyses these restrictions on individual and press freedom as part of an endeavour to rationalize, and where necessary, reform them. A specific example, pertinent to the principle of accountability, is furnished by our recommendations concerning search warrants.

In *MacIntyre*,[117] the Supreme Court of Canada held that search warrant application hearings may be held *in camera* so as to avoid destroying the efficacy of the warrant as an investigatory tool. Search warrants would lose much of their utility if the prospective targets of the search were to know, in advance, that a search of them or their premises was imminent. Our proposals correspond to the position developed by the Supreme Court in *MacIntyre*.

More problematic than the question of access to search warrant hearings is access to documents and the publication or broadcast of their contents. Our Working Paper 56 recommends that warrants and supporting informations generally be examinable so as to encourage greater adherence to legal standards in the authorization of an intrusive

---

116. Greater accountability is manifest in a number of the proposals in Working Paper 47. Among these are: 1. Preventing fishing expeditions (Rec. 26-30); 2. Controlling surreptitious entry onto private premises to install or remove devices (Rec. 31-39); 3. Giving more information to targets of interceptions (Rec. 69-70); 4. Decreasing secrecy and enhancing reviewability (Rec. 49-50).

117. *A.-G. N.S.* v. *MacIntyre* (1982), [1982] 1 S.C.R. 175 [hereinafter *MacIntyre*].

power.[118] Such openness carries with it the prospect that increased public access will actually motivate some peace officers to omit information from their warrant applications which might otherwise be presented. However, we concluded that greater openness would raise the overall level of accountability and hence improve compliance with procedural requirements. It was thought that the loss in a small number of cases of what may be unnecessary detail was not too high a price to pay.

Public access to and publication of a warrant and supporting information after the warrant has been executed is allowed under our scheme even if nothing has been found in the course of the search.[119] As recognized in *MacIntyre*, after the warrant has been executed the interest in effective law enforcement clearly begins to diminish in relation to the public's right to know.

Our scheme permits the court issuing a warrant to obscure matters in the warrant documents, but only in certain narrowly defined circumstances. The issuing court is to possess an ability to delete information which is particularly sensitive, rather than deny access to all of the documents involved. In particular we allow for the obscuring of information which, if disclosed, would reveal the existence of wiretapping activities. Also, the name or characteristics of an informer may be obscured where the person's safety would be threatened if that information were disclosed. This is consistent with the common-law protection afforded police informers.

Finally, we maximize accountability by allowing an issuing justice to deny public access to warrant documents only where disclosure would result in the frustration of an on-going police investigation or a threat to the life or safety of any person. Further, the power to deny access may only be used if the obscuring of matters contained in the document would not be effective in the circumstances.[120]

---

118. In *MacIntyre*, the Court was guided by the principle that judicial acts and information relating to those acts presumptively should be accessible and publishable. Our study of search warrant practices conducted for *Police Powers — Search and Seizure in Criminal Law Enforcement* [Working Paper 30] (Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1983) [hereinafter Working Paper 30] revealed that over fifty per cent of the warrants examined were invalid for failure to properly set out necessary information.

119. After *MacIntyre* was delivered a *Code* provision restricting, upon execution of a search, publication of the contents of warrants and supporting informations was enacted. This provision (s. 443.2) generated considerable controversy and, in some cases, deliberate flouting of the restriction. Ultimately, following certain lower court decisions declaring the *Code* publication ban to be offensive to section 2(b) of the *Charter* (See, *Cdn Newspapers Co. v. (Can. A.-G.) Can.* (1986), 53 C.R. (3d) 203 (Ont. H.C.); *Canadian Newspapers Co. Ltd. v. A.-G. Canada* (1986), 28 C.C.C. (3d) 379 (Man. Q.B.)) the Minister of Justice declared that he would treat the provision as inoperative. As a result of those developments we revisited the issue in our Working Paper 56.

120. However, in order to ensure both accountability and fairness in the administration of justice we have recommended permitting a court to review a decision to obscure matters. This would allow the revelation of information that had been previously obscured if it were necessary in order to make full answer and defence.

6. Participation

The principle that rules of procedure should, where feasible, provide for the meaningful participation of citizens in processes affecting them finds expression in Working Paper 52. As noted elsewhere, we concluded that an expanded role for the citizen in private prosecutions should be expressly recognized through the direct incorporation of the formal aspects of that role into the *Code*'s rules of criminal procedure. Thus the *Code* should state that the private prosecutor (subject to the overriding right of the Attorney General to supervise all prosecutions), enjoys the same rights as the public prosecutor in carrying his case forward, including the same rights of appeal.[121]

Private prosecutions are typically brought in so-called "minor assault" situations — often where domestic discord is a factor or where neighbours come into conflict with one another. A busy prosecutor may decline to pursue a case for many reasons which a complainant may not wish to accept. Although the public prosecutor may choose not to prosecute these cases, he or she may elect not to intervene to block a privately laid charge if a justice of the peace is prepared to issue process in relation to it. If the right to pursue the matter privately did not exist, some individuals who have *in fact* suffered a wrong would be left without recourse within the criminal justice system.[122]

Our recommendations should be seen as an attempt to reinforce the integrity of basic democratic values. It is of fundamental importance that the citizen or victim not feel shut out of the process. The proposals in Working Paper 52 if implemented would provide, where merited, real opportunities for the citizen to seek justice or to redress a harm that has been suffered.

The principle of participation is also central to the Commission's Working Paper 56. As noted, a presumption of openness in the criminal process is the central axis around which the Commission's proposals have been fashioned.

Openness as a characteristic of society connotes the ability of individuals to learn about the activity of their government, communicate to others what they have learned, and form opinions according to the information that is available. The greater the openness of government and government institutions such as the courts, the greater will be the possibilities for the participation of citizens in the democratic process. Thus,

---

121. At present, the private prosecutor may conduct without restriction the trial of any summary conviction offence. However, in order to prosecute through to trial the more serious indictable offences he or she must first obtain a written order of a judge of the court allowing an indictment to be preferred. Also, a private prosecutor has no standing in indictable appeals even though possessing the ability to appeal in summary conviction proceedings.

122. While these proposals stress the principle of participation they do not significantly trench upon the power of the Attorney General to intervene in any prosecution either to carry a case forward, or, to stay the proceedings or withdraw the charges. Neither do they fetter the right of the Attorney General to prefer an indictment directly in the event of a discharge following a preliminary inquiry or in the absence of a preliminary inquiry.

openness in government lies at the heart of the democratic society. Public and media access to the criminal process is one aspect of openness in government generally.

Our approach in Working Paper 56 involved our examining of the various *Code* limitations on the freedom to communicate information about the criminal process in an effort to determine whether they were desirable, consistent and effective. To promote the principle of participation, Working Paper 56 advocates that the *Code* provide, subject to specific limitations, that all criminal proceedings involving the exercise of judicial powers should be conducted in public and that public access to the court documents relating to those proceedings be allowed. Also, all communication about such proceedings should be permitted.[123]

Working Paper 56 goes on to propose the establishment of a principled hierarchy of limitations governing the resort to restrictions on openness. The initial presumption is one of openness. Where complete openness is not possible or desirable, resort might then be had to restrictions on publication. Ultimately, and here only in rare or exceptional cases, if restricting publication proves inadequate to protect the interest involved, general orders of exclusion from the process may be contemplated.

Finally, in order to facilitate access and promote openness the study concludes that electronic media coverage should be permitted in relation to appeals in criminal cases and the use of audio recorders should be permitted in criminal proceedings as a substitute for, or, in addition to, handwritten notes. Complementary to this a national experiment with electronic media coverage of criminal trials should be conducted with a view to studying comprehensively the impact of the presence of video, and still cameras and audio recorders on witnesses, counsel, judges and jurors.

7. Protection

Protection is a shorthand reference to the belief that criminal procedure should enhance the protection of society and that the protection and maintenance of basic or fundamental values is a primary concern of the criminal law. Procedural law protects society by regulating the manner in which law is enforced, order is maintained, crime is investigated and the public is served. Obviously, one of the main instruments by which the principle is given expression is the police. Foremost among the powers which are accorded to the police is the power of arrest.

123. Working Paper 56 at 45-46 and 93-94, Recommendations 3 and 5. Other proposals designed to encourage participation through improved access are the following:
   1. No automatic publication bans should appear in the *Code*.
   2. Where a provision in the *Code* allows a court to limit public access in its discretion, the provision should be drafted as narrowly as possible to give recognition to the specific superordinate interests that it seeks to protect, while intruding as little as possible on the openness of the criminal process. Also where a court has a discretion to limit access it should exercise its powers only where necessary to protect the specific superordinate interests at stake, and in doing so, should confine its order to the duration and scope required by the circumstances.
   3. An order excluding the public or imposing a publication ban should, wherever possible, be based on clear evidence of harm and accompanied by reasons.

In Report 29 a number of proposals are advanced which reflect the influence of the principle of protection. Coincidentally, since the practice of restraint is the opposite side of the coin of the exercise of power, the proposals also reflect the influence of the principle of restraint.

An especially difficult balance to strike involves weighing the interest in preserving the sanctity and inviolability of the family dwelling against the necessity to secure the arrest of a fleeing, possibly dangerous, offender. Report 29 (at 53, Rec. 8) recommends that a police officer need not obtain a warrant for entry into a private dwelling if the person to be arrested has been or is engaged in a course of conduct that is likely to endanger life. Also, a peace officer should be allowed to dispense with the requirements to announce his presence and demand to enter where, in so doing, a risk to the peace officer or another person would be created. Incontestably, the need to preserve a person's life justifies such a departure from the usual rules.

Other proposals found in Report 29 also serve a protective function. The Report proposes continuing and in some cases extending the right of a private citizen to arrest, without warrant, a person who, on reasonable grounds it is believed is committing or has just committed a criminal offence; or, a person whom he or she has been told by a peace officer to arrest. This is largely a restatement of the current law. New however, is the proposal to create a rule to govern situations where the police are present on the scene and decide not to make an arrest. In such instances private citizens should be governed by the judgement of trained police officers. The proposed rule is founded on the belief that the dangers inherent in citizen self-help should be controlled where possible. In this way the potential for unnecessary violence or injury can be reduced.[124]

Our recommendations in Report 25 should also aid in the general task of safeguarding society. They potentially enhance the quality of police investigations by introducing a greater measure of forensic certainty into the process. The proposals, if implemented, would expand the arsenal of police investigative powers but are designed to do so only in carefully delimited circumstances.

A final illustration concerns our work on public and media access to the criminal process. Although freedom of expression and open trials are well established notions in Canadian criminal law, there also exist other interests which at discrete points within the criminal process deserve protection, even at the expense of these basic concerns. It will sometimes be of paramount importance to protect the interests of innocent participants in the criminal process such as witnesses or victims of crime. Also, it may, on occasion, serve the broader public interest to protect individuals who are possibly not quite so "innocent." (There is, for example, a long-standing policy in the law to protect the identity of police informers. In addition, it may be necessary to shield the

---

124. Report 29 at 25, Recommendation 3. How this recommendation might operate was demonstrated recently in a situation where public demonstrators attempted to arrest women entering the Morgentaler clinic in Toronto. The demonstrators purported to make arrests in the presence of police officers who dissuaded them in their efforts. The officers had concluded that arrests were not legally justified in the circumstances. The Commission proposes that an express provision should declare that where trained officers are present their decisions should prevail.

identity of participants, some of whom may be quite unsavory and incorrigible, simply because revealing the identity of these individuals will pose a danger to life or safety.) Thus, while in our Working Paper 56 we seek to establish a "presumption of openness" insofar as the criminal process is concerned we also advocate the imposition of significant restrictions where necessary to protect superordinate social values if they come into conflict with the general rule.

In the criminal process when we restrict openness and freedom of expression the resulting harm, although difficult to measure, is nevertheless real: information about a criminal proceeding may never reach the public; some salient lesson about our legal system may go unlearned; or, the actions of a public official may go unobserved. On the other hand, when innocent individuals are exposed to the glare of media attention, it is important that we also recognize and protect against the potential psychological pain or difficulty which may be the result.

Thus, despite a general presumption in favour of the openness of criminal proceedings, the Commission in Working Paper 56 has recommended that after a charge is laid no one may publish information serving to identify a confidential informant and, upon application, a court may prohibit publication of information serving to identify a victim or witness where a risk to that person's safety exists.[125] Also, in certain defined circumstances a general, essentially protective power to exclude the public is contemplated.[126]

---

125. Working Paper 56 at 50, Recommendation 7. The Commission also contemplates the use of general publication bans in a limited number of circumstances. The Working Paper recommends that after a charge has been laid in relation to a crime mentioned in section 246.4 of the *Code* no one may publish or broadcast the name of the accused or other information, which serves to identify a complainant or victim of crime (unless that person consents) or a child or young person who is a victim of or a witness in respect of the crime. These provisions, all of which are designed to further the principle of protection, have been tempered by a recommendation that permits a court to terminate a publication ban upon application by the accused where the accused's right to full answer and defence would be jeopardized by the ban.

126. See *ibid.* at 47-48, Recommendation 6 for a full listing of the exclusion orders proposed. For example, the Commission has proposed that the court possess a power to exclude young persons in attendance at a criminal proceeding when any information is being presented to the court, the knowledge of which would be seriously injurious or seriously prejudicial to them.

IX.

Conclusion

A. Reshaping Criminal Procedure

Our law of criminal procedure must be reshaped. This has been evident to us in our endeavours since the early seventies.

Procedural law regulates the long sequence of events which lead ultimately to the determination of guilt or innocence of accused persons. To the uninformed, the law may appear to be ponderous, slow-moving and technical. But in reality, when operating as intended, the law in action is deliberate, solemn and majestic. Unfortunately, due to an assortment of defects our procedural law does not always operate as intended.

The procedural parts of the *Code* are scattered and incoherent. Provisions are difficult to locate and the relationship amongst constituent parts often defies rationalization or even simple understanding. Consistency in form and approach is absent, and the language employed has a tendency to be arcane and impenetrable. While we accept the fact that criminal procedure, by nature, must often be detailed and heavily rule-laden, our *Code* too often descends to a level of minutiae that is quite unnecessary to the achievement of proper purposes. Generality and simplicity may never be invariable attributes of procedural law but certainly they can exist in far greater measure than is presently the case under our law.

The procedural provisions of the *Code* are a *mélange*. Historically, from time to time new procedures dealing with such matters as the preventive detention of dangerous offenders, conditions of bail or the use of wiretaps have simply been engrafted upon the existing *Code* with little thought given to congruence and philosophical unity.

The absence of guiding principles is a particularly telling defect in our law. Such principles need not be expressly stated in statutory provisions but their influence should be evident in the organization, structure and content of the *Code*. The use of principles in the formulation of policies raises an expectation, not unwarranted, of consistency and uniformity or, put more generally, philosophical coherence.

B. Our Philosophy — A Summary

We summarize our philosphy of the law of criminal procedure as follows:

We envision a criminal process governed by rules, simply and clearly expressed, which seeks fairness, yet promotes efficiency; which practises restraint and is accountable, yet protects society; and which encourages the active involvement and participation of the citizen. These basic attributes are the essence of our principles.

Thus, procedures should be fair but should not exact an intolerable price in terms of inefficiency. Inefficient conduct lacks focus, is prone to error and in consequence is costly. These results, in turn, can be manifestations of unfairness in the process. Also, the law can hardly operate in an efficient manner if it is inaccessible, opaque and constantly shifting. It must be clear.

Once the law is accessible and ascertainable it is appropriate to demand conformity with standards of action. Ensuring conformity with and providing remedies in cases of deviation from such standards is what accountability entails. However, in our zeal to clarify, regulate and supervise we must ensure that the law does not overreach. The basic purposes of the criminal law should be carried out with no more interference with the freedom of individuals than is necessary. This is the essence of restraint.

Procedural laws should also provide the individual with a measure of access to, and in some cases, control over the processes which ultimately determine his or her rights and obligations. Such participation enhances the acceptability of the decisions rendered by the process.

Finally, procedural law should protect society and preserve the peace through the manner in which it regulates the formal ways that the public officials carry out their duties and generally serve the public. Procedural law should also protect society through its regulation of the trial process.

Procedural law should accomplish all of these things while adhering to and reinforcing fundamental values. It is, after all, the protection and maintenance of fundamental values that is the primary concern of the substantive law. Without just and effective rules of procedure the best rules of substance are reduced to shadows.

The steps for the processing of suspects and accused persons, from the earliest moments in the process through to the completion of it, provide guidance to a variety of actors within the system. Since procedural rules define the stages of the process and set out the lawful requisites for moving from one location to the next, they also define the compass of official action. In setting limits on action procedural law defines, in large measure, the limits of freedom for society as a whole.

Canadian criminal procedure undeniably inclines toward the protection of rights and liberties. Our procedural system lends primacy to the notion of justice. As we conceive of it, justice itself is not a general principle but rather is a concern which overarches and imbues the entire process. It finds primary expression in the principle of fairness. It is this principle that we have identified as first among equals.

This principle of fairness, under our scheme, would be given presumptive weight. Different principles become relevant at different points in the process and in different ways. Each of the principles ultimately derives its strength, or is diminished by virtue of the context in which it arises. Presumptive weighting implies that in instances of genuine equivalence, or where doubt concerning the choice of policy options exists, the policy maker should choose the option most closely adhering to or furthering the principle endowed with presumptive authority.

C. The Process of Reform

The reform of criminal procedure must be seen as a dynamic and continuing enterprise. Even ambitious efforts at comprehensive codification should not signal an end to the process of reform. Without revision, codification can lead to stultification of the law. Modernization of the law, the task of all law reform agencies, must include a notion of constant revision and periodic consolidation if, ultimately, it is to be achieved.

The legitimacy of our reform endeavours can never be properly ascertained if we are unwilling to systematically evaluate the operation of the processes which we construct. We must be imaginative and experimental. Empirical study and pilot projects must be fostered and encouraged. Where attempted in our own work on criminal procedure the virtues of such an approach are apparent.[127] Careful monitoring allows us to realistically determine the actual needs of the system.

Finally, we must also recognize that not all of the reform that is necessary is statutory in nature. Enhanced education for all of the principal participants in the system is desirable. Changes in attitude must accompany changes in structure if real success is to be achieved. Accordingly, we repeat the call, first sounded in Report 3 (at 39), that governments at all levels take steps to promote the education of judges, administrators and all of us about the criminal law and its procedures. Also, we reiterate our belief in the necessity for administrative guidelines reaching from the

127. We empirically investigated public and participant attitudes to the jury in Anthony N. Doob *et al.*, *Studies on the Jury* [Study Paper] (Ottawa: LRCC, 1979). Our work on search and seizure was predicated in large measure on the findings of our study and evaluation of the adequacy of search warrants and warrant granting procedures: see Working Paper 30. Our proposals concerning the electronic recording of police interrogation of suspects have been field tested by the Halton Regional Police Force and we have published the results to date of this field trial: see the three interim reports prepared by Professor Alan Grant on this subject. Finally, we recently proposed a national experiment to assess the impact and utility of cameras in the courtroom: see Working Paper 56 at 100, Recommendation 23. We hope to conduct such an experiment in the near future.

Attorney General down to the individual enforcement officer or administrative official in the field. The purpose of such guidelines is to ensure both overall conformity with basic principles and political accountability throughout the process.[128]

The criminal law is a blunt and costly instrument. It can be brutal in its application and almost invariably imposes suffering, loss of liberty and great expense. It must be an instrument of last resort. An adherence to principle in the reform of procedural law should ensure that resort to such extreme action occurs only after cautious, serious deliberation. Where clarity and accessibility are also emphasized and a conscientious endeavour to affirm basic rights and bolster fundamental values is manifest, public respect for the law should be strengthened. It is thus that the law as enacted becomes meaningful to those affected by it. The law will not then be regarded as something mysterious, alien and removed. Bearing the imprimatur of public acceptance it will then mirror the society which created it. Only in this way will the procedural rules of the *Criminal Code* truly become *our* criminal procedure.

128. See Report 3 at 40.

notre procédure pénale

Canada

Rapports et documents de travail de la Commission de réforme du droit du Canada

Rapports au Parlement

1. *La preuve** (19 déc. 1975)
2. *Principes directeurs — Sentences et mesures non sentencielles dans le processus pénal** (6 fév. 1976)
3. *Notre droit pénal* (25 mars 1976)
4. *L'expropriation** (8 avril 1976)
5. *Le désordre mental dans le processus pénal** (13 avril 1976)
6. *Le droit de la famille** (4 mai 1976)
7. *L'observance du dimanche** (19 mai 1976)
8. *La saisie des rémunérations versées par la Couronne du chef du Canada** (19 déc. 1977)
9. *Procédure pénale — Première partie : amendements divers** (23 fév. 1978)
10. *Les infractions sexuelles** (29 nov. 1978)
11. *Le chèque** (8 mars 1979)
12. *Le vol et la fraude** (16 mars 1979)
13. *Les commissions consultatives et les commissions d'enquête** (18 avril 1980)
14. *Le contrôle judiciaire et la Cour fédérale** (25 avril 1980)
15. *Les critères de détermination de la mort** (8 avril 1981)
16. *Le jury** (28 juill. 1982)
17. *L'outrage au tribunal** (18 août 1982)
18. *L'obtention de motifs avant la formation d'un recours judiciaire — Commission d'appel de l'immigration** (16 déc. 1982)
19. *Le mandat de main-forte et le télémandat** (22 juill. 1983)
20. *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement* (11 oct. 1983)
21. *Les méthodes d'investigation scientifiques : l'alcool, la drogue et la conduite des véhicules** (10 nov. 1983)
22. *La communication de la preuve par la poursuite* (15 juin 1984)
23. *L'interrogatoire des suspects* (19 nov. 1984)
24. *Les fouilles, les perquisitions et les saisies* (22 mars 1985)
25. *Les techniques d'investigation policière et les droits de la personne* (12 juin 1985)
26. *Les organismes administratifs autonomes* (23 oct. 1985)
27. *La façon de disposer des choses saisies* (24 avril 1986)
28. *Quelques aspects du traitement médical et le droit pénal** (12 juin 1986)
29. *L'arrestation* (6 nov. 1986)
30. *Pour une nouvelle codification du droit pénal*, vol. 1 (3 déc. 1986)
31. *Pour une nouvelle codification du droit pénal — Édition révisée et augmentée du rapport n° 30* (mai 1988)

Documents de travail

1. *Le tribunal de la famille** (1974)
2. *La notion de blâme — La responsabilité stricte** (1974)
3. *Les principes de la détermination de la peine et du prononcé de la sentence** (1974)
4. *La communication de la preuve** (1974)
5. *Le dédommagement et l'indemnisation** (1974)
6. *L'amende** (1974)
7. *La déjudiciarisation** (1975)
8. *Les biens des époux** (1975)
9. *Expropriation** (1975)
10. *Les confins du droit pénal : leur détermination à partir de l'obscénité** (1975)
11. *Emprisonnement — Libération** (1975)
12. *Les divorcés et leur soutien** (1975)
13. *Le divorce** (1975)
14. *Processus pénal et désordre mental** (1975)
15. *Les poursuites pénales : responsabilité politique ou judiciaire** (1975)
16. *Responsabilité pénale et conduite collective** (1976)
17. *Les commissions d'enquête — Une nouvelle loi** (1977)
18. *La Cour fédérale — Contrôle judiciaire** (1977)
19. *Le vol et la fraude — Les infractions** (1977)
20. *L'outrage au tribunal — Infractions contre l'administration de la justice** (1977)
21. *Les paiements par virement de crédit** (1978)
22. *Infractions sexuelles** (1978)
23. *Les critères de détermination de la mort** (1979)
24. *La stérilisation et les personnes souffrant de handicaps mentaux** (1979)
25. *Les organismes administratifs autonomes** (1980)
26. *Le traitement médical et le droit criminel** (1980)
27. *Le jury en droit pénal** (1980)
28. *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement* (1982)
29. *Partie générale : responsabilité et moyens de défense* (1982)
30. *Les pouvoirs de la police : les fouilles, les perquisitions et les saisies en droit pénal** (1983)
31. *Les dommages aux biens — Le vandalisme* (1984)
32. *L'interrogatoire des suspects** (1984)
33. *L'homicide* (1984)
34. *Les méthodes d'investigation scientifiques** (1984)
35. *Le libelle diffamatoire* (1984)
36. *Les dommages aux biens — Le crime d'incendie* (1984)
37. *La juridiction extra-territoriale* (1984)
38. *Les voies de fait* (1984)
39. *Les procédures postérieures à la saisie* (1985)
40. *Le statut juridique de l'Administration fédérale** (1985)
41. *L'arrestation** (1985)
42. *La bigamie* (1985)
43. *Les techniques de modification du comportement et le droit pénal* (1985)
44. *Les crimes contre l'environnement** (1985)
45. *La responsabilité secondaire : complicité et infractions inchoatives* (1985)
46. *L'omission, la négligence et la mise en danger* (1985)
47. *La surveillance électronique* (1986)
48. *L'intrusion criminelle* (1986)
49. *Les crimes contre l'État* (1986)
50. *La propagande haineuse** (1986)
51. *Droit, objectifs publics et observation des normes** (1986)
52. *Les poursuites privées* (1986)
53. *La pollution en milieu de travail* (1986)
54. *La classification des infractions* (1986)
55. *Le document d'inculpation* (1987)
56. *L'accès du public et des médias au processus pénal* (1987)

La Commission a également publié au-delà de soixante-dix documents d'étude portant sur divers aspects du droit. Pour obtenir le catalogue des publications, écrire à : Commission de réforme du droit du Canada, 130 rue Albert, Ottawa (Ontario) K1A 0L6, ou Bureau 310, Place du Canada, Montréal (Québec) H3B 2N2.

---

* Ces documents sont épuisés mais ils peuvent être consultés dans de nombreuses bibliothèques.

RAPPORT 32

NOTRE PROCÉDURE PÉNALE

On peut obtenir ce document gratuitement en écrivant à :

Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert, 7e étage
Ottawa, Canada
K1A 0L6

ou

Bureau 310
Place du Canada
Montréal (Québec)
H3B 2N2

© Commission de réforme du droit du Canada 1988
N° de catalogue J31-55/1988
ISBN 0-662-55736-0

RAPPORT

NOTRE PROCÉDURE PÉNALE

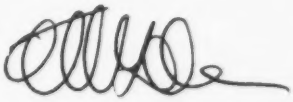
juillet 1987

L'honorable Ray Hnatyshyn, c.p., député
Ministre de la Justice
et Procureur général du Canada
Ottawa, Canada

Monsieur le Ministre,

Conformément aux dispositions de l'article 16 de la *Loi sur la Commission de réforme du droit*, nous avons l'honneur de vous présenter le rapport résultant des recherches effectuées par la Commission sur la procédure pénale.

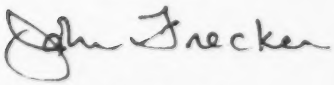
Veuillez agréer, Monsieur le Ministre, l'assurance de notre très haute considération.



Allen M. Linden
président

Gilles Létourneau
vice-président

Joseph Maingot, c.r.
commissaire



John Frecker
commissaire

La Commission

M. le juge Allen M. Linden, président
M[e] Gilles Létourneau, vice-président
M[e] Joseph Maingot, c.r., commissaire
M[e] John Frecker, commissaire
M[me] la juge Michèle Rivet*

Secrétaire

François Handfield, B.A., LL.L.

Coordonnateur de la section de recherche en procédure pénale

Stanley A. Cohen, B.A., LL.B., LL.M.

Conseillers

Kenneth E. Jull, B.A., LL.B., LL.M.
James W. O'Reilly, B.A. (Hons.), LL.B.
Marc Schiffer, LL.B., LL.M., D.Jur., Ph.D.

---

* N'était pas membre de la Commission lorsque le présent document a été approuvé.

Table des matières

I. Introduction 1

II. Le rôle des principes généraux dans les travaux de la Commission de réforme du droit du Canada en matière de procédure pénale 5

III. Le rôle de la procédure pénale 7

A. La signification du mot «procédure» 7
B. Le caractère technique de la procédure 8
C. La portée des règles de procédure 9
D. La distinction entre la procédure et les règles de fond 9

IV. La procédure pénale sous l'angle de la vérité, de la justice et de la protection de la société 11

A. Introduction 11
B. La vérité et la justice 11
C. La procédure pénale et la protection de la société 14

V. La procédure pénale : conflits et compromis 17

VI. Pourquoi l'établissement de principes généraux est-il nécessaire en procédure pénale? 21

VII. Le rôle de la Constitution dans la formulation de principes généraux en matière de procédure pénale 23

VIII. Les principes généraux régissant la procédure pénale 25

A. Explication des principes 25
1. Le principe de l'équité 25
2. Le principe de l'efficacité 26
3. Le principe de la clarté 27
4. Le principe de la modération 28
5. Le principe de la responsabilité 28
6. Le principe de la participation 29
7. Le principe de la protection 30

B. L'application des principes à la politique pénale 30

C. Illustration des principes 33
1. L'équité 33
2. L'efficacité 37
3. La clarté 41
4. La modération 44
5. La responsabilité 48
6. La participation 52
7. La protection 54

IX. Conclusion 57

A. Vers une nouvelle procédure pénale 57
B. Notre conception de la procédure pénale — Résumé 58
C. Le processus de réforme 59

I.

Introduction

Un voile de mystère entoure la procédure pénale. Bien que les défauts du système soient de ce fait plus difficiles à cerner, force est de reconnaître que les règles actuellement en vigueur sont loin d'atteindre la perfection. De toute évidence, donc, il est indispensable de lever le voile.

La procédure pénale canadienne présente, en cette fin du vingtième siècle, une certaine confusion. Elle résulte en fait d'une accumulation progressive de règles et d'une lente évolution au cours des siècles. Dans certains cas, les changements apportés ont été soigneusement mis au point et l'on a veillé à la cohérence tandis que, d'autres fois, on a procédé à la pièce, par modifications fragmentaires, pour répondre aux besoins du moment, qu'ils soient d'ordre pratique ou autre. La procédure pénale est ainsi devenue un véritable labyrinthe qui présente au surplus un manque de cohérence souvent déconcertant. Il est pratiquement impossible pour le commun des mortels d'obtenir une description claire et complète des rouages de la procédure pénale. Cet état de choses est dans une certaine mesure attribuable à la nature très particulière de celle-ci.

D'une part, la procédure pénale détermine les mécanismes destinés à l'application des règles de fond qui, si complètes et équitables soient-elles, resteraient autrement lettre morte[1]. D'autre part — et tous ceux qui se sont intéressés à la justification du recours par l'État à des pouvoirs coercitifs contre des citoyens libres et autonomes en conviendront — la procédure est également le reflet de conceptions politiques et morales[2].

Pour celui qui dispose de certaines connaissances juridiques, la compréhension du processus n'est pas impossible bien qu'elle demeure malaisée. La procédure pénale peut en quelque sorte servir de guide d'accès au processus dans son ensemble. Le cheminement des accusés, depuis les soupçons, l'interrogatoire ou l'arrestation jusqu'à la fin du procès, peut être suivi d'une manière chronologique par le moyen des règles de procédure applicables à chaque étape.

On peut également aborder la procédure pénale sous un autre angle. Les grandes lignes du processus ressortent avec une plus grande netteté si l'on examine les règles qui définissent la compétence et les pouvoirs des principaux acteurs du système judiciaire pénal (la police, les poursuivants, les avocats de la défense, les juges, etc.).

---

1. Voir Celia Hampton, *Criminal Procedure*, 3e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1982.
2. Voir George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Toronto, Little, Brown and Co., 1978.

Malheureusement, l'état même du droit constitue un obstacle marqué lorsqu'il s'agit d'effectuer une étude de ce genre.

Les règles de procédure ne sont pas d'accès facile et, même lorsqu'on peut les trouver, les textes de loi et les décisions judiciaires sont souvent denses et impénétrables. Elles sont parfois rédigées d'une manière tellement détaillée que leur lecture est déconcertante et décourageante. Par ailleurs, les règles de procédure paraissent souvent contradictoires. Car elles manifestent tantôt une effrayante tendance à ne tenir aucun compte des droits individuels, et tantôt une sollicitude exagérée à l'égard des accusés. D'une manière générale, il faut bien dire que la procédure pénale canadienne ne se caractérise ni par son uniformité, ni par sa cohérence sur le plan théorique, ni même par son utilité pratique. La voie de la réforme est donc toute tracée.

L'objet du présent rapport est d'expliquer d'une manière systématique et rationnelle les travaux de la Commission de réforme du droit du Canada dans le domaine de la procédure pénale, qu'il s'agisse de travaux en cours ou déjà terminés. Bien que la Commission y expose ses conceptions théoriques, elle n'a pas voulu rédiger un traité «philosophique». Il s'agit plutôt d'un texte destiné à aider les décideurs, les réformateurs du droit et les parlementaires dans la modification et la réforme de la procédure pénale. La Commission n'a pas essayé d'y trancher des débats théoriques anciens et persistants.

C'est bien sûr seulement le point de vue de la Commission qui est exprimé dans ce rapport. D'autres organismes se sont efforcés d'énoncer des principes généraux applicables au droit pénal ou à la procédure. Ainsi le Comité Ouimet, dans le *Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle*[3], a énoncé en 1969 les principes fondamentaux qui selon lui définissent la portée et la fonction devant être attribuées à la justice pénale et aux mécanismes de correction. De même, le gouvernement du Canada a publié en 1982 un énoncé de politique intitulé *Le Droit pénal dans la société canadienne*[4], où l'on trouve exposés les principes devant s'appliquer tant sur le plan des règles de fond que sur celui de la procédure pénale. Ces documents, comme d'autres, ont influé sur la réflexion de la Commission en cette matière. En fait, bon nombre de principes qui y sont énoncés ont contribué à l'élaboration de ceux qui sont proposés ici. Il importe aussi de signaler le rapport de la Commission intitulé *Notre droit pénal*[5], publié en 1976, qui définit clairement son orientation générale dans le domaine des règles de fond du droit pénal. Ce rapport a formé l'assise du projet de code pénal élaboré par la Commission et récemment publié (rapport n° 31, *Pour une nouvelle codification du droit pénal — Édition révisée et augmentée du rapport n° 30*[6]).

---

3. *Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle : justice pénale et correction : un lien à forger*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, le 31 mars 1969 (Président : R. Ouimet).

4. Gouvernement du Canada, *Le Droit pénal dans la société canadienne*, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1982.

5. Commission de réforme du droit du Canada [ci-après CRDC], *Notre droit pénal* [Rapport n° 3], Ottawa, Information Canada, 1976 [ci-après Rapport n° 3].

6. CRDC, *Pour une nouvelle codification du droit pénal — Édition révisée et augmentée du rapport n° 30* [Rapport n° 31], Ottawa, CRDC, 1988.

Le présent texte constitue essentiellement une cristallisation de la méthode caractéristique suivie depuis plus de quinze ans par la Commission en vue de la réforme de la procédure pénale. Les principes qui y sont énoncés se reflètent dans les règles de procédure élaborées par la Commission. Ils constituent le fondement sur lequel devra s'élaborer le nouveau code de procédure pénale.

II.

Le rôle des principes généraux dans les travaux de la Commission de réforme du droit du Canada en matière de procédure pénale

Depuis sa création, la Commission de réforme du droit du Canada s'est efforcée sans relâche de préciser, dans le domaine de la procédure pénale, les valeurs sans l'affirmation desquelles aucune société dynamique comme la nôtre, visant le pluralisme et la diversité, ne saurait se développer harmonieusement. Cette recherche de principes directeurs et de valeurs ne fera aucun doute pour qui se donnera la peine de lire attentivement les textes publiés au fil des ans. On trouvera par exemple, dans le Rapport nº 3 une étude sur la fonction et les objectifs qu'il convient d'attribuer à cette branche du droit. La Commission y est arrivée à la conclusion que le rôle du droit pénal consiste essentiellement à affirmer les valeurs fondamentales de la société, à en favoriser la réalisation. Du même coup, cependant, la Commission a découvert que cette mission n'est pas convenablement remplie.

Il a fallu se rendre à l'évidence : le droit pénal devait être repensé de fond en comble. Et le succès de l'entreprise reposait sur un concept central, celui de la *modération*. Les conclusions du rapport étaient les suivantes : le droit pénal devrait être restreint aux «crimes véritables»; la responsabilité pénale ne devrait viser que les conduites répréhensibles; on ne devrait intenter des poursuites pénales que dans les cas les plus graves; les peines d'emprisonnement ne devraient être appliquées que suivant les modalités décrites dans nos travaux sur la détermination de la peine et l'emprisonnement.

Le «Code de la preuve»[7] proposé par la Commission visait à supprimer les complexités et l'arbitraire caractérisant le droit de la preuve; on y reconnaissait cependant que des règles détaillées sont parfois nécessaires pour assurer l'équité et l'uniformité. Ce code débute par l'énumération de principes directeurs, puis présente d'une manière détaillée les règles qui en découlent logiquement.

Dans pratiquement tous les domaines étudiés par la Commission au fil des ans, on retrouve cette fidélité aux principes et cette volonté de cerner les valeurs fondamentales. Le présent rapport constitue néanmoins la première tentative de la Commission pour rassembler dans un même texte l'ensemble des principes régissant la procédure pénale.

Cet exposé des principes directeurs a tardé à venir, la Commission l'admet volontiers. Elle sait aussi qu'aux yeux de certains, le travail soumis aujourd'hui, vu sa

7. Voir CRDC, *La preuve* [Rapport nº 1], Ottawa, Information Canada, 1975.

parution tardive, paraître être davantage une rationalisation poussée effectuée a posteriori que le reflet authentique d'une orientation prise au départ. De telles critiques seraient toutefois injustifiées : on s'en rendra compte en lisant soigneusement les publications de la Commission. Nous n'avions pas encore présenté d'énoncé explicite et exhaustif des principes directeurs régissant la procédure pénale, mais cela ne veut pas dire que nous ne nous sommes inspirés d'aucun principe, ni même que nous nous sommes à l'occasion écartés des orientations choisies, lorsque nous avons dans le passé formulé des recommandations. La fidélité aux principes est manifeste; elle caractérise toute l'œuvre accomplie par la Commission dans le domaine de la procédure pénale.

La Commission a-t-elle atteint la cohérence recherchée? A-t-elle décelé les éléments qui n'avaient pas leur place au sein d'un énoncé de principes directeurs harmonieux et cohérents et fait, le cas échéant, les recommandations appropriées? Au bout du compte, il appartient au lecteur de se faire sa propre idée à ce sujet après mûre réflexion. La Commission estime pour sa part que ses propositions ont été élaborées à la lumière de principes directeurs précis et juge que l'ensemble de ses travaux présente une cohérence remarquable. La preuve en sera faite, espère-t-elle, dans les sections du présent rapport intitulées «Explication des principes» et «Illustration des principes».

La Commission a clairement exprimé, dans son rapport intitulé *L'interrogatoire des suspects*, son souci de rechercher et d'énoncer les grands principes devant régir la procédure pénale :

> La volonté de réformer le droit pénal, nous en sommes bien conscients, suppose une détermination approximative des valeurs sociales — existantes et souhaitables — car c'est en cela que consiste la notion de justice dans notre système politique. La réforme législative équivaut à tenter, avec lucidité, de définir ces valeurs avec davantage de clarté et de précision. Par sa nature même, cette tâche ne peut être accomplie dans l'unanimité. Cependant, les désaccords sur des points précis n'entraînent pas inévitablement la division au niveau des principes de base. La particularité des principes en jeu, d'une part, et leur transposition en dispositions légales, d'autre part, sont susceptibles de faire apparaître des dissensions; mais abstraction faite de divergences ponctuelles sur les questions fondamentales, les personnes engagées dans la réforme du droit se doivent au premier chef d'exprimer collectivement leurs conceptions et la manière dont elles entendent leur donner corps. Il faut pour cela procéder par déduction, en mettant d'abord au point les principes d'application générale pour ensuite leur donner des interprétations de plus en plus précises jusqu'au moment où, par un traitement dialectique des arguments et des voies possibles, on pourra recommander des réformes législatives concrètes[8].

Ce qui est décrit dans ce passage, c'est en d'autres termes une conception rationnelle de la réforme du droit, tout à fait différente de la méthode ponctuelle. Quand il s'agit de cette dernière, la nécessité d'une réforme systématique et basée sur des principes directeurs est faussée : le législateur en arrive, souvent d'une manière inconsciente, à miner la cohérence du système[9].

---

8. CRDC, *L'interrogatoire des suspects* [Rapport n° 23], Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1984 aux pp. 7-8 [ci-après Rapport n° 23].

9. Voir Patrick Healy, «The Cause of Legislative Reform in Canadian Criminal Law», 1984, mémoire de maîtrise non publié, Faculté de droit de l'Université de Toronto, à la p. 144.

III.

Le rôle de la procédure pénale

[TRADUCTION]
Mais comment la société va-t-elle procéder pour justifier ses accusations et punir le coupable? Là se trouve la difficulté : en effet, la justice et la liberté ne dépendent pas tant de la définition du crime que de la nature des mécanismes administratifs et judiciaires permettant de traduire en justice le délinquant présumé[10].

Les règles du droit pénal destinées à la protection et à l'affirmation des valeurs fondamentales sont indissociables de la façon dont on les applique. La réforme, par conséquent, suppose non seulement l'examen des règles, mais aussi l'étude de leur application[11]. Car c'est dans la pratique que ces règles — qui forment la procédure pénale — influent sur la vie quotidienne des citoyens. Sans règles de procédure équitables et efficaces, les meilleures règles de fond ne veulent absolument rien dire[12].

A. La signification du mot «procédure»

Dans une large mesure, le mot «procédure» est neutre, ne comporte aucune notion de valeur[13]. Il dénote simplement une manière d'agir ou, en matière judiciaire, la marche à suivre dès l'engagement d'une poursuite. Dans le domaine juridique, la procédure peut donc être considérée simplement comme une façon d'appliquer le droit. Elle précise à tout le moins les actes qui doivent être accomplis pour que la justice soit correctement administrée au sein de l'État, à savoir les conditions de validité posées par la loi.

La procédure canadienne, cependant, ne se veut pas totalement neutre ou libre de toute notion de valeur. À cause de la façon dont elle s'est développée, elle n'est pas simplement une «procédure» au sens usuel du terme. L'«application régulière de la loi» (*due procedure*) suppose l'équité procédurale; ce concept a pris une place plus importante dans la Constitution avec l'adoption de l'article 7 de la *Charte canadienne*

---

10. Voir Leslie Scarman, «Foreword» dans J.A. Coutts, éd., *The Accused : A Comparative Study*, Londres, Stevens & Sons, 1966 à la p. vii.

11. Voir CRDC, *Premier rapport annuel 1971-72*, Ottawa, Information Canada, 1972.

12. Voir CRDC, *Deuxième rapport annuel 1972-73*, Ottawa, Information Canada, 1973.

13. Certaines parties de ce chapitre sont inspirées de Stanley Cohen, «La procédure pénale et la Charte canadienne des droits et libertés» dans V.M. Del Buono, éd., *Procédure pénale au Canada*, Montréal, Wilson & Lafleur/Sorej, 1983, 1.

des droits et libertés[14], qui parle de «justice fondamentale». Le grand objectif de la procédure canadienne, son orientation fondamentale, consiste donc dans l'instauration d'une méthode équitable de règlement des litiges dont sont saisis les tribunaux judiciaires. (Le terme «règlement équitable», dans cette perspective, s'entend d'un résultat atteint d'une manière équitable pour toutes les parties et tenue pour telle par celles-ci.)

Les lois pénales ne font pas que définir les crimes; elles établissent aussi les formalités prescrites pour le déroulement des enquêtes et la détermination de la culpabilité ou de l'innocence. Elles fixent du même coup les limites de la liberté individuelle. La procédure, parce qu'elle remplit cette fonction de réglementation, se caractérise par son caractère technique et son souci du détail. On ne doit donc pas s'étonner de la lourdeur du système judiciaire, ni de sa lenteur et de sa complexité. Il ne faudrait pas conclure pour autant à l'impossibilité de l'améliorer ou le réformer. La complication de la procédure n'en demeure pas moins inévitable, jusqu'à un certain point, si l'on veut qu'elle joue correctement son rôle et favorise le règlement juste et équitable des litiges.

B. Le caractère technique de la procédure

C'est sans doute le caractère technique du droit, davantage qu'aucune autre de ses caractéristiques, qui suscite la colère du profane. Pour lui, les énormes conséquences juridiques (tels l'acquittement ou l'annulation d'une accusation) qui découlent à l'occasion de l'inobservation par un fonctionnaire de règles de procédure compliquées paraissent incompréhensibles. En cas de réparation ou de sanction de nature procédurale, les objectifs sous-jacents normalement poursuivis (par exemple, la protection de l'intégrité du système judiciaire) demeurent souvent invisibles pour le profane qui a une réaction bien naturelle devant les reportages nécessairement incomplets sur les circonstances de l'affaire.

Par sa nature même, le droit a besoin d'être interprété et ses règles donnent naissance à des litiges. Souvent en effet, les points de vue respectifs des parties sur les dispositions s'appliquant à un litige reposent sur des questions de détail. La complication des textes, et singulièrement des textes de nature pénale, ne devrait jamais être condamnée d'une manière abstraite : en droit pénal, c'est de la liberté de la personne en cause qu'il s'agit. Les dispositions qui protègent les accusés protègent également la société dans son ensemble. Le droit ne devrait jamais faire preuve d'indifférence à l'égard des personnes accusées d'un crime et de la protection qu'il convient de leur accorder. Soulignons cependant que l'aspect technique du droit ne favorise pas uniquement les intérêts de l'accusé dans le système pénal; il peut également favoriser les intérêts de l'État. Un exemple : les dispositions touchant l'alcootest

14. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [ci-après *Charte*].

regorgent de règles très techniques destinées à faciliter la poursuite des infractions relatives à la conduite avec facultés affaiblies. Ces règles évitent le recours aux méthodes traditionnellement utilisées pour faire la preuve de l'affaiblissement des facultés (par exemple, les témoignages directs sur la conduite d'un véhicule, le comportement, la coordination des mouvements, l'élocution, etc.), pour y substituer un certificat attestant les résultats d'analyses scientifiques. Dans ce cas, le formalisme de la loi permet de poursuivre les infractions d'une manière plus rapide, plus précise et plus efficace. (Il est cependant à souligner que lorsque la loi permet de recourir à des moyens techniques, la défense recourra aussi à de tels moyens pour réfuter la preuve du poursuivant.)

C. La portée des règles de procédure

Malgré son caractère détaillé et la multitude des règles qu'elle comporte, la procédure pénale ne peut absolument pas tout prévoir — il ne serait pas souhaitable au demeurant qu'elle le fasse. C'est pourquoi, si la procédure s'appliquant avant et pendant le procès est fondée sur la volonté d'établir des règles justes et équitables à l'égard des suspects et des accusés, d'importants pouvoirs discrétionnaires ont par ailleurs été conférés aux représentants de l'État — policiers, poursuivants, juges. En revanche, le Parlement a tenu à ce que l'exercice de ces pouvoirs fasse l'objet d'une certaine surveillance. Cette surveillance, ainsi qu'un scepticisme institutionnalisé (sans doute serait-il préférable de parler de prudence, de circonspection), font peser sur l'État la charge de la preuve lorsque des doutes sont soulevés au sujet de la manière dont un fonctionnaire s'est acquitté de ses fonctions[15]. Ces caractéristiques constituent les principales garanties de l'équité et de la régularité du processus judiciaire.

D. La distinction entre la procédure et les règles de fond

Si la procédure vise à assurer l'équité de notre système judiciaire, elle ne peut en dernière analyse influer sur le fond du droit. Cette distinction entre règles de procédure et règles de fond revêt une grande importance.

> [TRADUCTION]
> Les règles de fond instituent des droits et des obligations. Elles concernent les fins visées par l'administration de la justice, tandis que la procédure fournit les moyens et les mécanismes permettant d'atteindre ces fins. Les règles de procédure régissent la conduite des tribunaux et des parties sous le rapport du litige lui-même, alors que les règles de fond déterminent leur conduite et leurs relations en ce qui a trait aux questions faisant l'objet du litige[16].

---

15. L'exemple le plus évident de ce scepticisme institutionnel consiste dans la présomption d'innocence qui régit les poursuites pénales et qui impose au poursuivant la charge d'établir la culpabilité hors de tout doute raisonnable.

16. Voir *Sutt* v. *Sutt* (1968), [1969] 1 O.R. 169 à la p. 175 (C.A.), le juge d'appel Schroeder.

Les règles de fond expriment le point de vue du législateur sur un problème particulier relevant de l'ordre social. Elles traduisent la décision de considérer certains actes comme criminels. Ainsi, ce sont les règles de fond qui prévoient que la pornographie, la prostitution, devraient être réglementées ou réprimées par le droit pénal. Les règles de procédure, quant à elles, prescrivent les formalités touchant les enquêtes sur les présumées violations des règles de fond (qu'on soit à l'étape de l'enquête policière ou du procès).

Si la procédure ne peut à elle seule permettre d'influer sur les règles de fond, il n'en va pas de même du droit constitutionnel[17]. Lorsqu'une constitution renferme, comme la nôtre, des garanties juridiques et des dispositions consacrant les libertés fondamentales, on peut s'en prévaloir pour empêcher l'Administration ou ses organes de porter atteinte aux libertés individuelles. Et cela, peu importe que l'atteinte aux droits ou à la liberté soit permise par des dispositions de fond ou par des règles de procédure. Une loi peut comporter des vices de fond tout en faisant l'objet de règles de procédure irréprochables. On peut imaginer, par exemple, qu'une personne accusée d'avoir contrevenu aux lois sud-africaines sur l'apartheid se voit reconnaître le droit à une audience dans des conditions équitables. D'un autre côté, il peut arriver qu'un texte d'incrimination parfaitement valide, par exemple celui qui interdit la conduite avec facultés affaiblies, fasse l'objet de poursuites régies par des règles de procédure injustes. Ce serait le cas, par exemple, si l'accusé se voyait refuser l'assistance d'un avocat pendant son procès.

17. Les relations entre les règles de fond, la procédure et la Constitution sont examinées dans le *Renvoi relatif au paragraphe 94(2) de la Motor Vehicle Act (C.-B.)* (1985), [1985] 2 R.C.S. 486.

IV.

La procédure pénale sous l'angle de la vérité, de la justice et de la protection de la société

A. Introduction

Dans tout système judiciaire pénal, le problème se pose de parvenir à un juste équilibre sur le plan de la procédure et, à cet égard, il existe d'importantes différences d'un régime à l'autre. L'étude de ces différences déborde cependant le cadre du présent rapport. À notre avis, la procédure pénale canadienne vise à juste titre trois objectifs connexes : la recherche de la vérité, le respect de la dignité humaine (notion suffisamment large pour englober la protection de la société et la préservation de la paix) et enfin la protection contre le risque de voir des innocents condamnés. On peut même dire que le système actuel s'acquitte correctement de cette triple fonction, abstraction faite de certains conflits et de certaines tensions apparaissant à l'occasion dans la pratique. Il n'en demeure pas moins, bien entendu, que la Commission a pour mandat de présenter des propositions visant à l'amélioration et au perfectionnement du régime actuel. D'ailleurs, c'est également l'objet principal de la Révision du droit pénal[18].

B. La vérité et la justice

L'un des principaux objectifs du système judiciaire pénal consiste à traduire en justice les présumés délinquants. Il s'agit là, de toute évidence, du but poursuivi par tout régime de procédure pénale. Et «traduire en justice les présumés délinquants», cela suppose l'existence de mécanismes permettant de déterminer équitablement leur culpabilité ou leur innocence. Le système étant axé sur la découverte, l'appréhension et enfin la condamnation de ceux qui ont commis des actes criminels, on ne s'étonnera pas de constater que, dans une large mesure, la procédure pénale vise à définir la nature et les limites des pouvoirs de la police. Là ne s'arrête pas son rôle, cependant.

La procédure pénale concerne les moyens par lesquels l'État, par l'entremise de ses fonctionnaires et de ses institutions, réagit à la violation des interdictions posées

18. La Révision du droit pénal est une entreprise conjointe de la Commission, du ministère de la Justice et du ministère du Solliciteur général (avec la participation des provinces) qui a été mise sur pied afin d'unifier les efforts visant à une révision et à une réforme complètes des règles de droit pénal, tant sur le plan du fond que sur celui de la procédure.

par le droit pénal. La procédure pénale englobe par conséquent des questions telles que les pouvoirs de la police, mais elle vise également d'autres sujets : libération sous caution, représentation en justice, recherche et présentation de la preuve, comportement des juges, règles régissant le procès et les appels. Aussi, dans le domaine de la procédure pénale, la définition légale des rôles attribués aux poursuivants, aux avocats de la défense et aux juges doit-elle être élaborée conjointement avec celle du rôle de la police.

On peut réagir de bien des façons à la commission d'un acte criminel. Citons à cet égard le document de travail de la Commission intitulé *Les poursuites pénales : responsabilité politique ou judiciaire* :

> La société réagit au crime de maintes façons. La première méthode qui nous vient à l'esprit, c'est la poursuite traditionnelle où le procès joue un rôle de premier plan. Toutefois, dans la majorité des cas, une infraction ne donne pas lieu à la tenue d'un procès. La perpétration ou le soupçon de la perpétration d'un fait punissable, ne met pas nécessairement en branle le procès ou une autre procédure uniforme et préétablie. La réaction à un crime dépend d'une multitude de facteurs, y compris les décisions prises par les participants au processus pénal comme la victime, le délinquant, la police, le juge de paix, le poursuivant, le juge et l'autorité correctionnelle. Pour bien comprendre à la fois le crime et la réaction sociale à ce phénomène, il faut évaluer tous les facteurs qui se conjuguent pour donner naissance aux diverses approches aux problèmes posés par la criminalité et le criminel[19].

Lorsque nous disons que la procédure expose la série d'actes devant être exécutés par des fonctionnaires dans l'administration de la justice pénale ou qu'elle définit les conditions et les limites légales nécessaires pour que la justice puisse être correctement administrée au sein de l'État, nous parlons en fait des règles applicables aux suspects et aux accusés, à partir du tout début (soit, à partir des soupçons) jusqu'au procès, à la détermination de la peine ou à l'appel. En outre, il n'est pas seulement question du rôle et des responsabilités de la police, mais également de la myriade d'obligations juridiques imposées aux autres acteurs du système judiciaire.

La réglementation du processus visant à traduire en justice les présumés délinquants après l'enquête et l'inculpation — qui aboutit à la condamnation ou à l'acquittement, selon le cas — est parfois décrite comme la recherche de la vérité dans le système judiciaire pénal. Personne ne refuserait d'admettre, en effet, que le procès pénal est indissociablement lié à la découverte de la vérité. Néanmoins, la vérité elle-même s'inscrit dans une perspective plus large, celle de la justice, dont la cause ne peut véritablement être servie, dans notre système judiciaire, par les préjugés, les insinuations, les opinions et les conjectures[20]. Aussi le déroulement du procès pénal est-il réglementé et toute preuve accablante n'est pas nécessairement une preuve admissible. [TRADUCTION] «La vérité est comme toute bonne chose : parfois on la chérit à l'excès, on la recherche trop ardemment, on la paie trop cher[21]».

---

19. CRDC, *Les poursuites pénales : responsabilité politique ou judiciaire* [Document de travail nº 15], Ottawa, Information Canada, 1975 aux pp. 1-2.

20. Voir Stanley A. Cohen, *Due Process of Law*, Toronto, Carswell, 1977 à la p. 282.

21. *Pearse* v. *Pearse* (1846), 1 De G. & Sm. 12 aux pp. 28-29, 63 E.R. 957, le juge Knight-Bruce, v.c.

La vérité n'est pas l'unique valeur, en effet, à laquelle le droit s'intéresse. Tout un ensemble de règles de preuve et de procédure régit et module le fonctionnement de la justice pénale, assurant ainsi le respect de la justice fondamentale. C'est donc d'une *certaine* recherche de la vérité qu'il faudrait parler pour décrire correctement la manière dont on cherche à réaliser les objectifs de la justice pénale canadienne. C'est sans doute, cependant, la *meilleure* façon de parvenir à la vérité car, après tout, c'est d'un système humain qu'il s'agit. Même les juges, dont la formation leur a appris à ne tenir aucun compte de faits étrangers à l'affaire, ne peuvent toujours échapper à ce piège et sont parfois victimes des énormes conséquences découlant de preuves non pertinentes et préjudiciables. Aussi les règles en matière de preuve interdisent-elles dès le départ la production de tels éléments. Les procureurs sont en quelque sorte avertis de ne pas en présenter pour établir ou pour contester un fait. Rappelons en outre que la formulation des règles de preuve répond aux objectifs du système judiciaire dans son ensemble. Par exemple, un accusé ne peut recourir, à sa décharge, à une déclaration antérieure de sa part, et le poursuivant est dispensé de l'obligation de réfuter une telle preuve. De même, d'autres règles garantissent à l'accusé un procès équitable en interdisant au ministère public de produire des éléments de preuve préjudiciables et trompeurs.

Les Canadiens ne sont pas disposés à accepter que la recherche de la vérité prime toute autre considération. À preuve, notre souci de protéger les droits fondamentaux, exprimé de façon explicite dans les dispositions de la *Charte* énonçant les garanties juridiques. L'adoption de la *Charte* est venue réaffirmer le souci fondamental et historiquement reconnu, dans le système pénal, de protéger la vie privée et la dignité humaine.

[TRADUCTION] «Le common law est hanté par le spectre d'un innocent condamné[22]». Cette crainte, la procédure pénale la combat par la présomption d'innocence selon laquelle un accusé est présumé innocent jusqu'à preuve de sa culpabilité. Ainsi, c'est le poursuivant qui a la charge de prouver hors de tout doute raisonnable le bien-fondé de l'accusation. D'un côté, on peut voir dans cette présomption ainsi que dans certaines règles de preuve, une volonté d'accroître l'exactitude sur le plan des faits (et partant de parvenir à la vérité). Mais d'un autre côté, certains y voient un obstacle à la recherche de la vérité dans la mesure où leur application peut aussi entraîner l'acquittement de certains accusés qui sont en réalité coupables. Il existe une tension inhérente entre les deux objectifs, condamnation des coupables et acquittement des innocents. En effet, [TRADUCTION] «plus on veut éviter l'erreur judiciaire, plus on risque de voir des coupables être acquittés[23]».

---

22. Le juge Learned Hand.

23. Voir Mirjan Damaska, «Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure : A Comparative Study» (1972-73) 121 U. Pa. L. Rev. 506 à la p. 576.

C. La procédure pénale et la protection de la société

Comme la Commission l'a dit à maintes reprises, l'objectif principal du droit pénal consiste dans la protection de valeurs fondamentales. Cette prémisse posée, il apparaît que la répression du crime, si importante soit-elle, doit souvent être subordonnée à cette préoccupation plus générale. La répression du crime ne saurait être tenue pour un but ultime poursuivi indépendamment de tout autre, pour une fin en soi. Il s'agit plutôt de l'un des moyens mis en œuvre pour la réalisation d'un objectif plus élevé, soit la maximalisation de la liberté individuelle au sein de l'État démocratique[24].

La protection de la société suppose la protection des citoyens contre les conduites préjudiciables d'autrui. Il faut recourir à des textes législatifs pour définir les actes inacceptables et pour protéger les citoyens contre les dommages qui en découlent. L'absence de lois est source de désintégration sociale : si chacun s'estimait libre de recourir à la violence, au vol, à la fraude, la vie en société deviendrait vite intolérable. La protection des valeurs fondamentales est également indispensable à l'intégrité du corps social. En revanche, la réglementation excessive établie au nom de la protection comporte sans doute elle aussi un prix que notre société refuserait peut-être de payer. Si les Canadiens en arrivaient à juger acceptable que l'État réglemente les moindres détails de leur vie quotidienne, leur dise où ils doivent habiter, quelle occupation ils doivent exercer, comment ils doivent se vêtir, la société s'en trouverait avilie, tout à fait transformée.

La répression du crime est une arme à deux tranchants. D'une part, l'absence de répression est inéquitable, pour la victime d'abord, et même pour tous les citoyens. D'autre part, on doit également considérer comme une source d'injustice les réactions inadéquates au crime.

La mise en œuvre de l'autorité publique suppose l'exercice de pouvoirs, et qui dit pouvoirs dit risque d'abus de pouvoir. La justice a pour mission d'assurer un juste dosage en cette matière[25].

Pour sauvegarder la liberté, il est parfois nécessaire de la restreindre par le moyen d'interdictions. Toutefois, si la dignité humaine, la liberté et la justice sont au rang des valeurs fondamentales devant être sanctionnées par le droit pénal, il convient d'étudier attentivement l'application de la loi afin de veiller à ce que les règles de droit et les pratiques judiciaires soient conformes à ces valeurs et n'en provoquent pas la dégradation.

Comment alors la procédure pénale remplit-elle son rôle de protection de la société et de préservation de l'ordre public? Les règles de fond du droit pénal, quant à elles, s'acquittent de leur mission par l'établissement d'interdictions et de sanctions. Les

---

24. Voir CRDC, *Cinquième rapport annuel 1975-76*, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1976.

25. Voir Rapport n° 3 à la p. 1.

actes qui menacent la société en perturbant gravement la paix sociale sont tout simplement qualifiés de comportements criminels et interdits par des textes législatifs. La procédure, pour sa part, joue son rôle de manière plus indirecte.

La réglementation des pouvoirs de police est un élément essentiel de la procédure pénale. Le terme «réglementation» s'entend ici aussi bien dans le sens positif d'«autorisation» que dans le sens négatif de «restriction». Il ne faut donc pas se contenter de voir, dans la procédure pénale, des restrictions ou des limites posées quant au recours à la force par un agent de police pour effectuer une arrestation, par exemple, car c'est également elle qui l'autorise à recourir à la force lorsque cela s'avère nécessaire.

En matière de pouvoirs de police, la procédure pénale vise à protéger la société et à préserver l'ordre public. Elle régit en effet les formalités selon lesquelles les policiers appliquent la loi, préservent l'ordre public, font des enquêtes sur les crimes, arrêtent les délinquants et d'une manière générale protègent la population. La procédure pénale comporte un autre volet important : la réglementation du procès. Ici encore, il s'agit de protéger le public, mais d'une manière plus diffuse cette fois.

Il est relativement aisé de saisir les rapports entre la procédure et la protection de la société dans un domaine comme la mise en liberté sous caution. Les règles applicables en cette matière régissent la libération de personnes arrêtées, détenues et accusées d'un crime. Les dispositions actuellement applicables à la mise en liberté des accusés avant le procès prévoient que la détention peut être justifiée lorsqu'il est démontré qu'elle est «nécessaire dans l'intérêt public ou pour la protection ou la sécurité du public, compte tenu de toutes les circonstances, y compris toute probabilité marquée que le prévenu, s'il est mis en liberté, commettra une infraction criminelle ou nuira à l'administration de la justice[26]».

D'autres règles de procédure s'appliquant au procès ou à la période qui le précède ont un lien moins évident, mais non moins réel, avec la protection de la société. On n'aura pas de mal à comprendre quelle incidence ont sur la protection de la société les dispositions relatives à la conduite du procès par le juge, aux obligations professionnelles du poursuivant ou au rôle et à la responsabilité de l'avocat de la défense, si l'on reconnaît que la société est constituée par les individus qui en font partie et que les règles garantissant un traitement équitable aux personnes inculpées d'un crime assurent en réalité un traitement équitable à chacun d'entre nous. La procédure pénale contribue à la protection de la société justement parce qu'elle a pour mission de protéger le citoyen contre les poursuites injustes et les peines injustifiées.

---

26. Voir *Code criminel*, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 457(7)*b*) [ci-après *Code*].

V.

La procédure pénale : conflits et compromis

Pour reprendre l'observation faite par un auteur, [TRADUCTION] «une société est une entreprise de nature coopérative, destinée à l'avantage mutuel de ses membres, mais elle n'en est pas moins marquée, habituellement, tout autant par la divergence d'intérêts que par la communauté d'intérêts[27]». Il en va de même en matière de droit pénal : la procédure pénale est source de difficulté parce qu'il est rare que tous s'entendent sur la question de savoir ce qui est juste et ce qui est injuste. Malgré les désaccords existant sur ce plan général, toutefois, il nous est permis de croire que tous partagent une certaine conception de la justice. En effet, nous reconnaissons la nécessité d'établir un ensemble distinctif de principes pour l'attribution de droits et de devoirs fondamentaux et pour la détermination de la [TRADUCTION] «répartition correcte des avantages et des inconvénients de la coopération sociale[28]» — et nous sommes tout disposés à le faire.

Nous croyons qu'il existe une reconnaissance intuitive de la [TRADUCTION] «primauté de la justice[29]» — soit du rôle central joué par la notion de «justice» dans toute discussion sur les attributs d'une procédure pénale civilisée; mais en soi le terme ne semble pas avoir de signification précise. On n'est pas beaucoup plus avancé en disant que la justice correspond à l'équité car alors on est forcément amené à se poser cette question plus large : «l'équité, mais envers qui?» En fait, la notion de justice peut être invoquée aussi bien par les tenants d'une protection accrue des droits individuels que par ceux qui préconisent avec insistance l'attribution de pouvoirs plus importants aux autorités chargées de la répression du crime[30].

Il n'est pas inopportun de répéter que la justice (ou l'équité) n'est pas l'apanage de l'accusé dans le procès pénal. On a pu dire que [TRADUCTION] «la condamnation du coupable est tout aussi importante, du point de vue de l'intérêt public, que l'acquittement de l'innocent[31]». Pour les raisons exposées ci-dessous, cependant, cette affirmation brutale ne saurait être acceptée au pied de la lettre.

---

27. Voir John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass., The Belknap Press of Harvard University Press, 1971 à la p. 4.
28. *Ibid.* à la p. 5.
29. *Ibid.* à la p. 4.
30. Voir A.J. Ashworth, «Concepts of Criminal Justice» [1979] Crim. L.R. 412 à la p. 419.
31. Voir R.-U., Criminal Law Revision Committee, 11e Rapport, *Evidence (General)*, Londres, H.M.S.O., 1972 à la p. 16.

En dernière analyse, le processus pénal doit être regardé comme un processus humain qui entraîne en outre des coûts importants sur le plan financier. Le crime lui-même, du reste, doit en fin de compte être considéré comme un problème d'ordre humain ou social. Et habituellement, quand une société veut s'attaquer à ce type de problème, sa marge de manœuvre est limitée par des considérations pratiques liées par exemple à l'efficacité et à l'efficience sur le plan économique. Le système judiciaire ne fonctionne pas dans un monde abstrait, mais s'inscrit au contraire dans le monde réel. Aussi nous ne soutenons pas que mieux vaut laisser un *nombre illimité* de coupables impunis plutôt que de condamner un seul innocent. Cependant il vaut mieux, selon une maxime bien connue en droit, laisser dix coupables impunis plutôt que de condamner un seul innocent. Cette formule montre que notre système est axé sur la protection de l'accusé. Elle montre clairement [TRADUCTION] «qu'on ne doit pas sacrifier la liberté d'un innocent pour favoriser l'efficacité de la répression du crime — et plus particulièrement qu'il faut s'opposer à toute règle qui permettrait d'intensifier la répression au prix d'une aggravation du risque de voir des innocents condamnés[32]».

La procédure pénale pourrait en effet être conçue de telle façon que la probabilité de voir condamner des innocents tout autant que des coupables serait accrue. Il y a au demeurant des auteurs qui préconisent ouvertement cette solution[33]. On associe parfois cette façon de voir à ces utilitaristes qui pensent que la condamnation d'un innocent est justifiable dans la mesure où l'on peut en attendre un plus grand bien pour la société. Mais notre système judiciaire fût-il fondé sur des principes rigoureusement utilitaristes, les jugements d'utilité différeraient selon les individus. Il n'existe [TRADUCTION] «aucune raison de penser que des personnes qui se livrent à de telles appréciations arriveront à proposer un régime identique[34]». Certaines personnes pourraient même attacher un tel prix à la condamnation des coupables qu'elles accepteraient de courir un risque accru d'être elles-mêmes punies en vue de la réalisation de cet objectif[35].

Toute société appelée à déterminer la façon dont elle doit affecter ses ressources limitées recherche inévitablement l'efficacité et l'économie. Or le crime coûte cher et il est permis de penser qu'une répression efficace pourrait permettre des économies. Certains estiment toutefois qu'en abordant la procédure selon une perspective purement utilitariste ou économique, on est amené à ne tenir aucun compte des droits fondamentaux ou du moins à leur attacher moins d'importance[36]. Or d'autres valeurs que l'économie sont en jeu. Dans la mesure où existe un «droit» de ne pas être condamné si l'on est innocent, la procédure doit viser par tous les moyens à écarter les risques d'erreur judiciaire. Non seulement elle doit être parfaitement équitable envers les accusés, mais elle doit aussi être tenue pour telle. [TRADUCTION] «Ainsi, il peut

---

32. Voir Ashworth, *supra*, note 30 à la p. 416.

33. Voir Robert Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, New York, Basic Book, 1974 à la p. 97.

34. *Ibid.*

35. *Ibid.*

36. Voir Ronald Dworkin, «Principle, Policy, Procedure» dans C.F.H. Tapper, éd., *Crime, Proof and Punishment*, Londres, Butterworths, 1981, 193.

arriver qu'une solution procédurale, tout en coûtant moins cher qu'une autre, soit tout de même inacceptable parce que nettement moins équitable[37]».

En procédure pénale, l'équité constitue une valeur que l'on estime importante en soi, sans égard ni au résultat atteint ni au coût devant être supporté. [TRADUCTION] «Même lorsque les règles de procédure n'ont pas pour effet d'augmenter le bien-fondé des jugements, elles peuvent néanmoins contribuer au respect d'autres valeurs, telles que la dignité, l'équité, la participation[38]». Il faut préférer un régime procédural qui favorise le respect des citoyens à l'égard de l'intégrité du système judiciaire à un régime qui ne présenterait pas cette qualité. Et cela, même si les deux régimes sont équivalents sur le plan des coûts et de l'exactitude des résultats, même s'ils contribuent dans la même mesure à la réalisation des objectifs visés, la dissuasion par exemple[39].

La mise au point d'une meilleure procédure pénale suppose la compréhension de la nature du conflit entre les valeurs en cause. La solution doit être atteinte par la voie du compromis, mais une simple répartition égale des éléments du régime n'est pas adéquate. Il s'agit plutôt de procéder à un juste dosage d'objectifs discordants en s'assurant que les valeurs importantes soient correctement prises en considération et protégées. Dans cette optique, il est impossible de ne pas tenir compte de l'aspect économique : quel que soit le système, en effet, il faudra parler des coûts. [TRADUCTION] «Le fait d'attribuer la charge de la preuve au poursuivant entraîne un accroissement du crime et de la répression et donc des coûts supplémentaires. C'est le prix [à payer pour éviter] le préjudice moral consistant dans la condamnation d'un innocent[40]».

En outre, si chaque citoyen a le droit de ne pas être condamné lorsqu'il est innocent, cela ne veut pas nécessairement dire que, sans égard à l'aspect économique, il a le droit à l'application des règles les plus rigoureuses possibles pour la détermination de la culpabilité ou de l'innocence[41]. Mais si les citoyens n'ont pas droit, en ce sens, au procès le plus rigoureux possible, en revanche [TRADUCTION] «ils ont droit à l'application de règles traduisant une appréciation correcte du préjudice moral, dans la détermination du risque d'injustice qu'ils ont à subir; chose plus importante sur le plan pratique, ils ont aussi droit, dans le même ordre d'idées, à un traitement équitable par rapport à cette détermination[42]».

---

37. Voir Michael Bayles, «Principles for Legal Procedure» (1986) 5 Law and Philosophy 33 à la p. 44. Cet article remarquable a inspiré la structure et l'agencement de certaines parties du présent rapport.

38. *Ibid.* à la p. 51.

39. *Ibid.*

40. *Ibid.* à la p. 48.

41. Dworkin, *supra*, note 36 aux pp. 193-194, donne l'exemple hypothétique d'un jury de vingt-cinq personnes dont les verdicts seraient très légèrement plus exacts que ceux des jurys actuels, constitués de douze membres, mais à un coût grandement supérieur.

42. *Ibid.* à la p. 214.

VI.

Pourquoi l'établissement de principes généraux est-il nécessaire en procédure pénale?

La question de savoir ce qui est précisément visé par le terme «principe» soulève certaines difficultés. Le débat sur la distinction à établir entre «principe» et «règle» a une histoire longue et compliquée, spécialement dans la théorie de la décision judiciaire. La Commission ne prétend aucunement trancher la question dans le présent rapport.

Nous adopterons ici le point de vue selon lequel les règles ont pour caractéristique une application franche[43]. Lorsqu'une règle s'applique à une question, elle en détermine la solution. Les principes, en revanche, présentent un caractère moins rigoureux. Même pertinents, ils ne tranchent pas nécessairement la question à résoudre. Ils peuvent aussi être en conflit les uns avec les autres, et il faut alors tenter de donner à chacun l'importance relative qui lui revient. Les règles, étant donné leur univocité, ne peuvent faire l'objet d'une telle appréciation relative dans le contexte d'un problème donné[44].

Que l'on accepte ou non cette distinction entre les règles et les principes, cela n'a pas tellement d'importance dans la mesure où l'on reconnaît que les traits essentiels des principes présentés ici sont les suivants : ils revêtent un caractère plus général que les règles, ils peuvent éventuellement être en conflit les uns avec les autres et lorsque cela se produit, il convient d'en peser l'importance relative.

Toute tentative de formuler des principes qui répondent aux fins de la justice procédurale est manifestement difficile et complexe. S'il s'agit de chercher un certain équilibre entre divers objectifs plus ou moins contradictoires, la difficulté ne saurait être résolue par une formule suivant laquelle on devrait tout simplement «atteindre un juste équilibre» entre l'intérêt individuel et l'intérêt collectif[45] ou encore entre la répression du crime et la protection des droits de l'accusé[46]. Cela ne nous avancerait aucunement. Il s'agit en réalité de parvenir à une formulation plus précise et plus nuancée des principes en jeu et des méthodes d'application dans l'espoir d'arriver ainsi à l'équilibre recherché. Il est bien possible, vu la nature tellement fluide et mouvante de ce processus, que l'on ne puisse dépasser le stade des approximations dans la répartition recherchée. La Commission souhaite néanmoins que sa façon de concevoir

---

43. Voir Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977 à la p. 24.

44. Cette formulation de la distinction entre les règles et les principes s'inspire dans une large mesure du résumé que l'on trouve dans Bayles, *supra*, note 38 aux pp. 35-36.

45. Voir Dworkin, *supra*, note 36 à la p. 194.

46. Voir CRDC, *supra*, note 19 à la p. 34.

et d'aborder les principes généraux permette d'atteindre un plus haut niveau de précision et de cohérence qu'à l'heure actuelle.

Lorsqu'ils sont efficaces, les principes posent des limites à l'action; et lorsque l'action est orientée selon des principes connus, les personnes visées peuvent avoir un sentiment de certitude relativement prononcé. L'action fondée sur des principes est l'antithèse de l'action arbitraire.

L'établissement de principes généraux est indispensable en matière de réforme du droit; en effet, le droit ne peut fonctionner efficacement dans une société démocratique et éclairée que s'il obtient le respect des personnes concernées. L'acceptation générale de la primauté du droit[47] est essentielle au bon fonctionnement de la démocratie. Or il ne peut y avoir véritable acceptation sans compréhension, et qui dit compréhension dit justification rationnelle.

Partant, la première mission du réformateur du droit consiste dans une analyse raisonnée et critique. Si l'on veut dépasser le stade du bricolage et éviter l'incohérence découlant d'incursions ponctuelles et a posteriori dans le domaine de la réforme, cette entreprise doit présenter tout à la fois un caractère fondamental et philosophique, reposer sur des principes et des valeurs; faute de quoi elle se révélera au bout du compte inadéquate et impossible à justifier sur le plan intellectuel, moral ou même politique. La définition de prémisses concernant les éléments fondamentaux de la procédure pénale s'impose pour garantir la cohérence dans la détermination des grandes orientations.

47. L'ouvrage de base sur la primauté du droit est Albert V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10e éd., Londres, Macmillan, 1959. On trouvera des commentaires plus récents dans Joseph Raz, «The Rule of Law and Its Virtue» (1977) 93 L. Q. Rev. 195; et H.W. Arthurs, «Rethinking Administrative Law : A Slightly Dicey Business» (1979) 17 Osgoode Hall L.J. 1.

VII.

Le rôle de la Constitution dans la formulation de principes généraux en matière de procédure pénale

La révision globale de la procédure pénale canadienne ne peut être tenue pour une entreprise valable que si l'on adopte une méthode cohérente; à savoir, une méthode qui tienne compte de la nécessité de protéger la société, mais qui du même coup vise à permettre la stricte application des limites posées à l'égard des pouvoirs de l'administration par la *Charte* et par notre tradition en matière de libertés civiles.

Le but que nous poursuivons en nous engageant dans cette entreprise consiste dans la justification des principes généraux régissant la procédure pénale. Ce faisant, nous n'avons nullement l'intention de nous opposer à la Constitution; au contraire, nous tenons pour légitimes les principes qui y sont énoncés. Dans certains cas, pourtant, lorsqu'il s'agira d'élargir l'éventuelle portée de ces principes, il sera sans doute nécessaire d'invoquer certains arguments supplémentaires.

S'il existe dans notre système juridique un élément qui revêt un caractère quasi canonique, c'est bien la Constitution. En soulignant le rôle prépondérant de celle-ci dans l'élaboration des principes généraux régissant la procédure pénale, nous n'entendons pas écarter toute discussion sur la nature ou le contenu de ces principes. Néanmoins, il serait difficile de s'opposer à l'idée que bon nombre d'entre eux devraient trouver leur origine dans la Constitution. En revanche, force est de reconnaître que certains autres principes peuvent avoir une autre source.

Les principes devraient avoir pour fonction d'aider concrètement les décideurs et les réformateurs du droit à passer du général au particulier. Aussi, dans leur formulation, faut-il se demander s'ils sont utiles et peuvent être justifiés, et non pas seulement s'ils sont nécessaires sur le plan constitutionnel.

Et c'est ici que l'importance de la rationalité et de l'intelligibilité devient apparente. [TRADUCTION] «[...] Plus les règles d'après lesquelles on recherche la vérité et l'on arrive à des décisions seront rationnelles, plus les résultats seront acceptés par les personnes raisonnables. Autrement dit, si les gens peuvent comprendre le mécanisme et le motif de la décision, ils seront plus susceptibles de reconnaître qu'elle met fin à leur différend[48]».

---

48. Voir Bayles, *supra*, note 37 à la p. 55. D'après cet auteur, d'autres considérations devraient s'ajouter à l'intelligibilité pour régir la procédure : les coûts (aussi bien moraux qu'économiques), l'application paisible, l'accès volontaire, le déroulement expéditif et l'autorité des décisions.

VIII.

Les principes généraux régissant la procédure pénale

Quels sont donc les principes qui, tous ensemble, ont orienté nos efforts de réforme dans le domaine de la procédure pénale?

Comme nous l'avons déjà souligné, la notion de justice est essentielle et il convient qu'elle prime tout le reste. Nos principes sont le reflet de cette orientation. De l'avis de la Commission, *la procédure pénale canadienne devrait être fondée sur les objectifs fondamentaux qui suivent : équité, efficacité, clarté, modération, responsabilité, participation et protection*. Voici comment ces objectifs peuvent être exprimés sous la forme de principes :

1. *Le principe de l'équité : les règles de procédure devraient être équitables;*
2. *Le principe de l'efficacité : les règles de procédure devraient être efficaces;*
3. *Le principe de la clarté : les règles de procédure devraient être claires et compréhensibles;*
4. *Le principe de la modération : les règles de procédure susceptibles de porter atteinte à la liberté individuelle devraient être utilisées avec modération;*
5. *Le principe de la responsabilité : les personnes exerçant des pouvoirs en matière de procédure pénale devraient être tenues de rendre compte de la façon dont elles les exercent;*
6. *Le principe de la participation : la procédure pénale devrait permettre la participation véritable des citoyens;*
7. *Le principe de la protection : la procédure pénale devrait favoriser la protection de la société.*

A. Explication des principes

1. Le principe de l'équité

Les règles de procédure devraient être équitables et il convient de veiller à ce que les personnes concernées par elles les considèrent comme telles. En effet, elles seront alors mieux acceptées. Comme, en matière de procédure pénale, l'intérêt de l'État et

l'intérêt des particuliers sont différents et souvent même s'opposent, l'équité suppose la neutralité et l'impartialité des personnes à qui sont attribuées des fonctions décisionnelles importantes. Nul ne devrait à la fois être juge et partie. On ne saurait tolérer le parti pris.

Le processus judiciaire ne peut être équitable que s'il est marqué par la réflexion. Il est vrai que les retards, en matière de justice, sont source d'injustice; mais à certaines étapes cruciales, la prudence, la solennité et la réflexion doivent primer si l'on veut éviter que la rapidité devienne cause d'injustice.

En outre, la notion d'équité suppose que les personnes soupçonnées ou inculpées d'un crime soient suffisamment informées pour comprendre d'une part les risques qu'elles encourent et, d'autre part, la nature des faits qu'on leur reproche.

L'équité est chose impossible si la procédure permet aux autorités de porter atteinte à la dignité humaine sans motif suffisant. Le droit pénal fixe les limites non seulement quant à la conduite des citoyens entre eux, mais également quant à la conduite des autorités envers les suspects et les accusés. La procédure doit être réglée sur des principes de civilisation et d'humanité.

Il est en outre indispensable, au regard de l'équité, que les règles de procédure soient égalitaires sur le plan de leur application : les personnes placées dans la même situation devraient être traitées de la même façon. Aucune catégorie de citoyens ne devrait échapper à l'application de la loi.

Enfin, l'équité suppose l'existence de mécanismes permettant la réparation lorsque les droits individuels sont violés. Du reste, le droit à la réparation est une caractéristique de notre système juridique depuis des siècles et s'exprime par la maxime *Ubi jus, ibi remedium* (là où il y a un droit, il y a un recours). Ce qui revient à dire, en termes plus directs, que lorsqu'aucun recours n'est prévu il n'existe en réalité aucun droit. L'une des fonctions essentielles de la procédure pénale consiste à fournir des moyens permettant de faire valoir ces droits.

2. Le principe de l'efficacité

L'efficacité est une forme d'économie. En effet, des règles inefficaces manquent de précision, augmentent les risques d'erreur et, partant, sont coûteuses. Et en matière de procédure pénale, les coûts ne doivent pas être considérés simplement sur le plan pécuniaire. Il faut également apprécier le coût de la procédure sur les plans humain ou moral.

D'une manière générale, l'on peut dire que l'efficacité est préférable à l'inefficacité. Cependant, dans la poursuite de valeurs supérieures, on pourra tolérer ou même préférer une certaine marge d'inefficacité à une recherche aveugle ou rigoureuse de l'efficacité, susceptible dans certains cas de causer des injustices.

Le rythme de la procédure est un élément essentiel de l'efficacité. [TRADUCTION] «Il faut chercher à atteindre un juste milieu entre la rapidité excessive et la lenteur à caractère dilatoire[49]». Les retards abusifs sont un obstacle à la justice; lorsqu'il n'existe aucun contrôle à cet égard, ils peuvent avoir des conséquences désastreuses pour le déroulement du procès. La célérité délibérée ou la justice expéditive est préférable.

L'efficacité est liée à un autre principe, celui de la clarté. Lorsque les personnes chargées de l'administration de la justice comprennent bien la nature et l'étendue des pouvoirs dont elles sont investies, les risques d'erreur dans l'exercice de ces pouvoirs sont normalement réduits, ce qui tend à avoir des effets bénéfiques sur le plan de l'efficacité du système.

3. Le principe de la clarté

La clarté des règles en favorise la compréhension. Elle est l'un des fondements de la primauté du droit qui repose sur ce principe de base : il faut que le droit puisse guider la conduite des personnes qui y sont soumises. Or le comportement humain ne peut être orienté par la règle de droit que si celle-ci est compréhensible, transparente, claire et relativement stable. L'ambiguïté, le flou, l'imprécision diminuent la capacité du droit de s'acquitter de cette fonction.

Des règles de procédure claires, dans le système pénal, fixent les limites des conduites permises non seulement pour l'individu, mais également pour les représentants de l'État. Le citoyen comme l'agent de police tirent profit d'une compréhension claire de leurs droits, responsabilités et obligations respectifs au moment d'un contact officiel. La clarté définit et protège les intérêts de toutes les parties.

Souvent, mais pas toujours, la simplicité est gage de clarté. Des règles complexes et techniques entraînent souvent la confusion; elles doivent être évitées dans la mesure du possible. C'est la nature et la qualité des règles qui importent et non pas leur nombre. Pour cette raison, il faut se rappeler que plus les règles de procédure sont complètes et détaillées, plus elles sont compliquées : il convient de chercher le juste milieu à cet égard. En droit, en effet, l'abondance de règles est souvent préjudiciable[50].

La recherche de la clarté, de la certitude et de la précision ne devrait toutefois pas exclure l'attribution d'une certaine latitude et de pouvoirs discrétionnaires à certaines étapes cruciales du processus. En revanche, les pouvoirs discrétionnaires ne comportent pas le droit d'en faire un exercice abusif.

Si la clarté favorise la compréhension et, au bout du compte, influence et oriente les conduites, on introduit du même coup une dose de prévisibilité dans le processus. Car des règles claires, précises et bien comprises permettront normalement une certaine

---

49. *Ibid.*

50. Voir Rapport nº 3 aux pp. 17-18.

cohérence et une certaine uniformité (en un mot, une certaine régularité) dans l'application des lois.

Idéalement, le principe de la clarté devrait aussi impliquer un certain caractère définitif. Lorsque les litiges sont susceptibles d'être constamment relancés — les dossiers n'étant jamais fermés définitivement — il en résulte une certaine incertitude, sans parler des frais, de l'anxiété croissante, voire de la colère des intéressés. Des règles de procédure claires devraient imposer des limites bien définies à cet égard.

4. Le principe de la modération

Selon le principe de la modération, «*les objets fondamentaux du droit pénal doivent se réaliser sans empiéter plus qu'il n'est nécessaire sur la liberté des individus*[51]». Inévitablement, l'application de règles efficaces entraîne souvent des inconvénients pour les citoyens et des atteintes à leur intimité et à leur dignité qui sont normalement inviolables. Or le principe de la modération veut que les atteintes aux libertés individuelles ne soient permises que si elles sont autorisées par la loi et, même dans ce cas, elles ne doivent pas dépasser ce qui est justifié dans les circonstances.

La modération est une caractéristique de l'exercice responsable du pouvoir. «La société doit se protéger contre les criminels dans toute la mesure compatible avec le respect de la liberté des personnes à protéger, sans toutefois infliger au délinquant plus de mal qu'il n'est nécessaire[52]». «L'acceptation de la nécessité de ces restrictions forme l'essence même de la suprématie du droit dans une société libre et démocratique[53]».

Il ne faut pas confondre modération et mollesse ou indulgence[54]. Bien comprise, la notion de modération «signifie qu'il faut, avant de recourir à ce moyen ultime que représente le droit pénal, se demander sérieusement s'il est approprié, nécessaire et préférable aux autres méthodes à caractère moins coercitif et portant moins gravement atteinte aux droits individuels, pour régler divers problèmes sociaux[55]».

5. Le principe de la responsabilité

Le fait d'obliger les autorités à rendre compte de leurs actes permet de veiller à ce que les règles de procédure soient respectées. Grâce à la reconnaissance de la primauté du droit, la loi est susceptible d'orienter l'action humaine. Mais pour être efficace sous ce rapport, elle doit tout de même permettre, et même prévoir, l'exercice judicieux de

---

51. Voir *Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle*, *supra*, note 3 à la p. 11.
52. *Ibid.*
53. Voir Rapport nº 23 à la p. 9.
54. Voir Gouvernement du Canada, *supra*, note 4 à la p. 57.
55. *Ibid.* aux pp. 48-49.

pouvoirs discrétionnaires importants. La notion de responsabilité, dans un système fondé sur la primauté du droit, suppose la vérification de la conformité à la loi et l'existence de recours efficaces en cas de contravention[56].

Les personnes exerçant des pouvoirs importants ou discrétionnaires en matière de procédure doivent être tenues de rendre compte de leurs actes. Il faut que les responsables de l'administration de la justice pénale soient obligés, comme tous les agents publics, de rendre compte de leurs décisions et des conséquences de celles-ci. C'est là un moyen permettant d'empêcher, ou du moins de réprimer, les abus de pouvoir de la part de l'État. Encore une fois, celui à qui des pouvoirs discrétionnaires ont été confiés n'est pas autorisé pour autant à les exercer d'une manière arbitraire. «Toute personne qui allègue avoir fait l'objet d'un traitement illégal ou abusif de la part d'un fonctionnaire du système de justice pénale doit avoir facilement accès à une procédure impartiale comprenant un mécanisme d'enquête et un droit de recours[57]».

6. Le principe de la participation

La notion de participation englobe une certaine forme d'engagement et de consensus. Dans tout système juridique, et spécialement en matière criminelle, la participation positive du citoyen revêt une énorme importance. La possibilité pour le citoyen de faire valoir ses droits ou pour les personnes qui ont subi un préjudice de soumettre leur cas à la cour (particulièrement lorsqu'un fonctionnaire a refusé de s'en occuper), voilà qui favorise chez le public l'adhésion au processus pénal.

La participation renforce l'intégrité des valeurs démocratiques fondamentales; elle en est la manifestation. Dans la procédure pénale primitive, souvent qualifiée de «barbare[58]», ce principe était pour ainsi dire laissé de côté. En common law, le prévenu n'avait en fait même pas le droit de témoigner en sa propre faveur. La participation d'un avocat le représentant dans des procès pour *felony* n'est apparue qu'au milieu du dix-neuvième siècle et le droit d'en appeler d'une condamnation ne date dans une large mesure que du vingtième siècle.

Lorsque les protagonistes ont un certain contrôle sur les règles de procédure qui, finalement, déterminent leurs droits et obligations (comme c'est le cas dans le système accusatoire), ils sont davantage susceptibles d'accepter les décisions qui sont éventuellement rendues. [TRADUCTION] «L'une des valeurs à la base de ce principe consiste dans le fait de prendre part à des décisions qui ont d'importantes conséquences sur notre vie. Nous voulons raisonnablement, à tout le moins, être entendus et pouvoir exprimer notre point de vue avant que des décisions soient rendues à notre sujet. En outre, le fait d'être autorisé à participer nous montre qu'on nous respecte, qu'on tient vraiment compte de notre personne[59]».

---

56. Voir Raz, *supra*, note 47 à la p. 202.
57. Voir Gouvernement du Canada, *supra*, note 4 à la p. 74.
58. Voir, par exemple, Hampton, *supra*, note 1 à la p. 1.
59. Voir Bayles, *supra*, note 37 à la p. 54.

La transparence est indissociable de la participation. En effet, il est impossible pour les citoyens de prendre une part active et efficace à des décisions qui les concernent directement s'ils ne savent rien du processus en cours ou s'ils ne peuvent y intervenir. La transparence du processus contribue également au respect du principe de la responsabilité. Le contrôle public des actes accomplis par les représentants de l'État est une garantie démocratique qui ne saurait être efficace que dans un processus transparent.

7. Le principe de la protection

Le principal objet du droit pénal consiste dans la protection des valeurs fondamentales. Le droit pénal contribue «à faire régner la justice, la paix et la sécurité dans la société au moyen d'un ensemble de prohibitions, de sanctions et de procédures destinées à réagir de façon équitable et appropriée aux comportements répréhensibles qui causent ou menacent de causer un préjudice grave aux personnes ou à la collectivité[60]». Il importe de se rappeler, au regard de ce principe, que le délinquant fait lui aussi partie de la société et a donc droit à une protection pleine et entière[61].

Comme nous l'avons déjà fait observer, la procédure pénale protège la société et l'ordre public puisqu'elle réglemente les mécanismes par lesquels la police applique les lois, maintient l'ordre public, fait enquête sur les crimes, appréhende les délinquants et d'une manière générale protège les intérêts du public. On peut dire aussi que la procédure pénale contribue à la protection de la société en réglementant le procès pénal.

B. L'application des principes à la politique pénale

Ce n'est pas tellement original de dire que l'élaboration d'une politique pénale repose sur la recherche d'un juste dosage entre l'intérêt de la société, qui veut traduire les délinquants en justice, et les droits et libertés de l'individu. L'idée est bien connue, elle a été exprimée maintes et maintes fois, notamment dans plusieurs rapports publiés au cours du dernier quart de siècle[62]. À l'état brut, cependant, cette affirmation ne

---

60. Voir Gouvernement du Canada, *supra*, note 4 à la p. 65.

61. Voir *Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle*, *supra*, note 3 à la p. 11.

62. Voir le *Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle*, *supra*, note 3; Gouvernement du Canada, *supra*, note 4; R.-U., *Report of the Royal Commission on the Police*, Londres, H.M.S.O., 1962; R.-U., *Report of the Royal Commission on Criminal Procedure*, Londres, H.M.S.O., 1981 (Président : C. Philips); Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford, Calif., Stanford University Press, 1968; É.-U. President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice, *The Challenge of Crime in a Free Society : A Report*, Washington, G.P.O., 1967.

saurait être tenue pour autre chose qu'un postulat inoffensif, dénué de tout intérêt à titre de principe organisateur.

Pour que des principes soient susceptibles d'orienter la définition d'une politique, en effet, ils doivent répondre, au début tout au moins, à une certaine notion de hiérarchie. Autrement dit, il faut que l'un d'entre eux (voire même plusieurs) puisse s'imposer devant les autres à l'attention du responsable de l'élaboration de la politique. Il n'est pas nécessaire de ranger tous les principes selon un ordre d'importance relative, mais pour l'établissement des priorités il importe de reconnaître, le cas échéant, l'existence d'un éventuel «préjugé favorable» à l'égard de certains d'entre eux.

La procédure pénale, on ne saurait en disconvenir, favorise la protection des droits et libertés. À preuve, la présomption d'innocence, l'attribution au ministère public de la charge de la preuve dans le procès pénal, le droit au silence et le droit de présenter une défense pleine et entière. Il s'agit là d'indices de ce que nous nommions tout à l'heure la «primauté de la justice». À celui qui mettrait en doute l'exactitude de cette affirmation, il suffirait d'opposer l'adoption de la *Charte* : les dispositions de la *Charte* portant sur les garanties juridiques notamment ont une incidence directe sur la procédure pénale.

Pour cette raison, le principe de l'équité, qui englobe la notion de défense des droits, y compris les droits constitutionnels, doit être tenu pour prépondérant au regard de l'établissement de la politique pénale. Ici encore, cependant, il importe de reconnaître que l'équité ne joue pas inévitablement et uniquement en faveur de l'une des parties dans le processus pénal. Il est vrai que la notion d'équité signifie qu'une personne, si elle est soupçonnée d'un crime, a le droit de savoir quels sont ses droits et d'en être informée de façon à pouvoir les exercer ou encore refuser de les exercer. Mais cette notion s'applique également à l'égard de la police ou du poursuivant. Le suspect comme l'agent de police devraient [TRADUCTION] «savoir à quoi s'en tenir et les règles devraient être organisées et édictées de telle façon que la connaissance générale s'en trouve favorisée[63]». Sous ce rapport, l'équité est étroitement liée aux principes de la clarté et de la responsabilité. Selon les circonstances et le contexte, la notion d'équité peut en outre englober la situation de la victime ou des témoins dans le processus, voire même celle du citoyen qui, sans être directement concerné, n'en est pas moins intéressé.

Le fait de donner le premier rang à l'équité ne constitue que le point de départ. En effet, l'importance attribuée à un principe contribue à préciser les termes de la discussion initiale sur les options à considérer mais on ne saurait vraiment dire qu'elle dicte la solution à retenir. Car en fin de compte, [TRADUCTION] «nos grandes institutions sociales comportent toujours une diversité de caractéristiques qui doit être tenue pour un compromis entre des principes en partie divergents[64]». La primauté donnée à un principe suppose par ailleurs que, en cas de véritable équivalence ou en

---

63. Voir R.-U., *Report of the Royal Commission on Criminal Procedure*, *ibid.* à la p. 20.

64. Voir H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility*, Oxford, Clarendon Press, 1968 à la p. 10.

cas de doute, le législateur doit choisir la solution qui est la plus conforme à l'objectif ainsi consacré ou qui en favorise le mieux la réalisation.

Si la notion d'équité peut être considérée comme prépondérante, elle ne saurait être tenue pour le seul principe en jeu. Sous réserve de ce qui précède, il faut éviter d'établir un ordre de priorité absolu entre les objectifs poursuivis. Il convient plutôt de reconnaître que les différents principes prennent leur importance à différentes étapes et de diverses façons lorsqu'on apprécie l'opportunité d'adopter telle ou telle solution pour modifier des règles relevant de la procédure pénale.

Alors que certains principes, telles l'équité et l'efficacité, jouent normalement un rôle dans l'élaboration des politiques, d'autres s'appliquent de manière plus restreinte. Le principe de la participation, par exemple, prendra toute son importance dans les questions touchant le déroulement du procès. En effet, c'est à cette étape que se pose la question du rôle du citoyen au regard des poursuites privées, des ordonnances de service communautaire ou des déclarations de la victime sur les répercussions du crime. En ce qui concerne en revanche les règles de procédure touchant les pouvoirs de la police, ce principe n'aura qu'une importance minime, ou même peut-être nulle, dans la formulation des orientations législatives. (Il ne faut cependant pas en conclure pour autant à l'inexistence absolue de mécanismes permettant au citoyen de participer à des procédures ayant une incidence directe sur les pouvoirs de la police car il en existe effectivement. Citons à titre d'exemple seulement les poursuites au civil et les plaintes portées en vertu des lois sur les droits de la personne et sur le protecteur du citoyen.)

Comme tous les autres principes, la notion d'équité tire en dernière analyse sa force ou sa faiblesse du contexte dans lequel elle est prise en considération. En 1969, par exemple, lorsque les pratiques pénales étaient telles, au Canada, que bien des personnes étaient détenues sans nécessité avant le procès et que maints accusés étaient gardés pendant de longues périodes dans des locaux exigus, insalubres, dotés d'installations sanitaires rudimentaires[65], il était indispensable, au regard de l'équité, de procéder à une réorganisation radicale des règles de la mise en liberté sous caution. En 1969, on était forcé de conclure que «la détention antérieure au procès en vue d'obtenir des aveux de culpabilité ou d'imposer une peine à une personne dont la culpabilité reste à prouver est inexcusable[66]». Mais lorsqu'on étudie aujourd'hui, en vue d'une réforme, les règles en vigueur en cette matière, qui ont été judicieusement modifiées par la *Loi sur la réforme du cautionnement*[67], on constate l'existence d'un nouvel équilibre entre les principes. La notion d'équité, toujours importante, a dans une large mesure été adéquatement consacrée dans la loi et ce sont maintenant les objectifs d'efficacité et de clarté qui sont devenus primordiaux et indiquent la voie à emprunter pour la réforme.

---

65. Voir *Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle*, *supra*, note 3 à la p. 108.

66. *Ibid.* à la p. 107.

67. S.R.C. 1970 (2e Supp.), c. 2.

C. Illustration des principes

Lorsque l'on cherche à fonder sur des principes l'élaboration d'une politique, il faut bien souvent, sinon dans la plupart des cas, déterminer l'importance relative des divers objectifs poursuivis pour arriver à un certain équilibre. Habituellement, les solutions retenues traduisent l'interaction complexe de plusieurs principes plutôt que l'affirmation franche d'un objectif unique, l'équité par exemple. Aussi nous est-il ordinairement impossible de donner des illustrations pratiques de nos principes en disant simplement «voici des exemples de la mise en application du principe de l'équité ...» mais nous sommes en mesure de donner des cas où l'un ou l'autre de nos principes *l'emporte* ou encore est déterminant pour la voie ultime choisie. Si les sous-titres utilisés ci-dessous constituent un renvoi à un principe précis, les exemples fournis sont normalement des propositions qui reflètent (dans un contexte donné) la primauté d'un principe sur les autres; ou encore, il s'agit de cas où le principe en cause, avec un ou plusieurs autres, a orienté le choix final.

Autre mise en garde : souvent, les propositions contenues dans un document de travail ou un rapport ne relèvent pas d'un seul objectif. Il peut arriver, par exemple, qu'une recommandation favorise l'équité envers les victimes du crime et, du même coup, contribue à l'efficacité du système. Le lecteur pourra donc à l'occasion trouver le même exemple repris sous différentes rubriques.

Bon nombre des illustrations données ci-dessous découlent des travaux de la Commission dans le domaine des pouvoirs de police. La raison en est qu'au cours des dernières années, nos recherches en matière de procédure pénale ont principalement porté sur ce domaine. La Commission a publié des documents de travail ou des rapports sur pratiquement tous les sujets relevant du domaine des pouvoirs de police. Plus récemment, toutefois, ses travaux ont commencé à porter sur le procès et l'appel.

1. L'équité

Dans son rapport nº 22, intitulé *La communication de la preuve par la poursuite*[68], la Commission, soulignant le caractère largement volontaire et facultatif des pratiques traditionnelles en cette matière, proposait au législateur d'y substituer des dispositions législatives qui conféreraient au prévenu des droits qu'il pourrait faire respecter devant les tribunaux.

Les recommandations formulées dans le Rapport nº 22 (aux pp. 1-2) se fondaient sur cette prémisse : l'établissement de règles législatives sur la communication de la preuve avant le procès favoriserait l'équité dans la mesure où celle-ci «permet au prévenu de mieux apprécier les éléments de preuve qui pèsent contre lui et les diverses

68. CRDC, *La communication de la preuve par la poursuite* [Rapport nº 22], Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1984 [ci-après Rapport nº 22].

avenues de défense possibles; les risques de surprise seraient également réduits, sinon éliminés, par la communication de la preuve».

Suivant les règles proposées par la Commission, le prévenu aurait le droit, avant d'exercer son option relativement au procès ou avant de plaider coupable ou non coupable, de recevoir une bonne partie des renseignements dont, à l'heure actuelle, la communication dépend de la bonne volonté du poursuivant ou du talent de négociateur de l'avocat[69].

On envisageait aussi l'assouplissement de ces règles lorsque l'intérêt public serait mieux servi par une communication tardive. Cela pourrait se produire lorsqu'il est nécessaire d'empêcher une entrave à l'administration de la justice (par exemple, lorsque la sécurité d'un témoin serait mise en péril par la communication hâtive d'éléments de preuve). Dans de tels cas, le juge pourrait rendre une ordonnance autorisant le ministère public à retarder la communication[70].

Les propositions contenues dans le Rapport n° 23 témoignent également d'un souci d'équité. La Commission y préconisait en effet l'adoption de critères législatifs en vue de réglementer l'exercice par la police de ses pouvoirs en matière d'interrogatoire de suspects. Cette réorganisation s'impose si l'on veut définir plus précisément les limites dans lesquelles sont permises les atteintes à des droits individuels. En demandant au tribunal de vérifier au procès non plus le caractère volontaire des confessions, mais plutôt l'observation des prescriptions de la loi, on clarifierait la situation. Et les citoyens comme les agents de police gagneraient à disposer d'une meilleure définition de leurs droits et obligations.

Au surplus, la notion d'équité se retrouve dans la sanction prévue, soit l'irrecevabilité d'une preuve obtenue d'une manière contraire à la loi[71]. Il s'agit là

69. En vertu du régime proposé, l'accusé a les droits suivants : *a*) recevoir une copie de son casier judiciaire; *b*) recevoir une copie de toute déclaration pertinente qu'il a faite à une personne en situation d'autorité et qui a été consignée par écrit; *c*) examiner toutes les pièces que le poursuivant a l'intention de produire et, si possible, en recevoir des copies; *d*) recevoir une copie de toute déclaration pertinente faite par une personne que le poursuivant a l'intention de citer comme témoin à charge, et consignée par écrit ou, en l'absence de déclaration, un résumé par écrit du témoignage anticipé de ce témoin; *e*) examiner l'enregistrement électronique de toute déclaration pertinente faite par un témoin à charge; *f*) recevoir une copie du casier judiciaire de toute victime ou de tout témoin à charge, à condition que l'accusé en démontre la pertinence lorsqu'il formule sa demande; *g*) obtenir le nom et l'adresse de toute personne susceptible d'être un témoin à charge ainsi que tout renseignement permettant l'identification de cette personne, dans la mesure où ces renseignements sont connus de l'agent de police ou du poursuivant chargé de l'enquête, et ne sont pas confidentiels aux termes d'une autre disposition de la loi. Rapport n° 22 aux pp. 13-14.

70. *Ibid.* aux pp. 14-15.

71. D'après les règles de common law, on considère comme irrecevables des éléments de preuve pertinents et fiables lorsque la détermination de la vérité doit céder le pas à la protection de valeurs supérieures. C'est également le cas lorsque des droits constitutionnels ont été violés. Il en va de même en ce qui concerne les dispositions législatives, dans certaines circonstances. Citons la règle du *Code* portant sur la recevabilité d'éléments de preuve lorsqu'il y a eu atteinte au caractère privé des communications par suite d'une écoute électronique illégale. L'irrecevabilité de la preuve pour des motifs n'ayant pas trait à la pertinence ou à la fiabilité est, essentiellement, une exception à la conception classique qui voit dans le procès un mécanisme permettant de déterminer la vérité d'affirmations précises. Cette règle est fondée sur l'idée que l'irrecevabilité, éventuellement nuisible à la recherche de la vérité, est le prix à payer pour la protection de valeurs supérieures. Voir Rapport n° 23 aux pp. 22-24.

d'une sanction exceptionnelle, destinée à la protection de l'intérêt public dans l'administration de la justice[72].

L'idée selon laquelle les règles de procédure doivent être équitables et être considérées comme telles par les personnes concernées ne devrait pas être restreinte, dans sa mise en pratique, aux principaux protagonistes, soit la police, le poursuivant et le prévenu. En effet, toute personne touchée par l'application de ces règles a le droit d'exiger l'équité. Aussi la Commission a-t-elle essayé de garantir aux victimes du crime un traitement correct et équitable sur le plan juridique en repensant les règles régissant la détention des choses saisies et la façon d'en disposer dans le cadre d'une enquête criminelle. Le rapport intitulé *La façon de disposer des choses saisies* propose un régime qui, tout en réduisant les coûts liés à l'administration de la justice, garantit aux victimes qu'elles ne seront pas pénalisées une seconde fois par la détention injustifiée de leurs biens[73].

L'équité à l'égard des victimes est également l'un des grands thèmes du document de travail n° 52 intitulé *Les poursuites privées*[74]. Suivant le système proposé par la Commission, la victime a le droit d'intenter des poursuites et, sous réserve des droits d'intervention du procureur général, de s'occuper personnellement de la poursuite ou encore d'être représentée par un avocat ou un mandataire[75].

Bien que, dans le système actuel, les poursuites pénales soient confiées à un corps de procureurs qui s'occupent, au nom de l'État, de la très grande majorité des poursuites, il est inévitable que, dans certains cas, le procureur général refuse d'intenter une action. Même si les raisons motivant de telles décisions sont bien légitimes et compréhensibles dans la perspective de l'exercice par les procureurs de leur pouvoir discrétionnaire, la victime ou le plaignant risque néanmoins de ne pas en être satisfait. On a tenté, dans le document de travail, de veiller à ce que le citoyen lésé ne se sente pas écarté du système judiciaire pénal.

---

72. Dans le Rapport n° 23 (à la p. 25), on propose une règle d'irrecevabilité restreinte; elle est fondée sur une présomption d'irrecevabilité qui peut seulement être écartée par la preuve de la conformité avec les règles prescrites ou par la preuve que l'admission d'éléments de preuve obtenus en contravention de ces règles ne risque pas de déconsidérer l'administration de la justice.

73. CRDC, *La façon de disposer des choses saisies* [Rapport n° 27], Ottawa, CRDC, 1986. Dans ce rapport, la Commission propose une procédure efficace, simple et accessible qui permet à toute victime d'un crime dont les biens sont détenus par la police ou par le ministère public pour des fins de preuve ou autres, d'en demander la restitution à un juge — dans l'hypothèse où ils n'ont pas déjà été restitués volontairement. Cette procédure favorise le propriétaire puisque c'est au ministère public qu'il incombe d'établir, d'une manière jugée satisfaisante par la cour, les motifs justifiant le maintien de la détention. Les propositions prévoient le recours à d'autres moyens de preuve, au procès, que la production des choses saisies lorsque cela s'avère possible. Aussi le président du tribunal aurait-il le pouvoir d'ordonner la réalisation d'une reproduction fidèle des choses saisies, que ce soit par déclaration sous serment, photographie, enregistrement magnétoscopique ou autre moyen.

74. CRDC, *Les poursuites privées* [Document de travail n° 52], Ottawa, CRDC, 1986 [ci-après Document de travail n° 52].

75. *Ibid.*, recommandation 6 à la p. 37.

La Commission a conclu qu'il y aurait lieu d'attribuer expressément dans le *Code* un rôle accru aux citoyens au regard des poursuites privées et d'intégrer directement à la procédure pénale les règles de forme régissant cette question[76].

On trouve un autre exemple de l'application du principe de l'équité dans nos travaux sur les conditions de détention avant procès dans la mesure où cette question est liée au droit de présenter une défense pleine et entière.

On étudie depuis quelque temps dans les organisations internationales la question de la détention, avant le procès, de personnes accusées d'un crime. Ainsi, dans un certain nombre de textes en constante évolution, on cherche à faire en sorte que les personnes détenues avant le procès soient traitées de manière correcte et humaine, compte tenu bien sûr des conditions et restrictions indispensables au maintien de l'ordre et de la sécurité dans les lieux de détention. (Tel est le sens du «Projet d'ensemble de principes concernant la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement»).[77] Dans cette perspective, la Commission présentera bientôt, dans un document de travail sur les mesures assurant la comparution, la mise en liberté provisoire et la détention avant le procès, des propositions concrètes et détaillées expliquant comment le Canada, par des dispositions législatives spécifiques s'appliquant à la procédure pénale, pourrait se conformer aux critères internationaux évolutifs. Comme nous l'avons souligné, nous nous intéressons en particulier à la nécessité de favoriser l'exercice, par les détenus, de leur droit à une défense pleine et entière[78].

La Commission étudie également, dans ce document de travail, la façon dont sont traités les témoins dans le processus pénal et les éventuels manquements à l'équité dans ce domaine. Le *Code* comporte actuellement diverses dispositions, dont la teneur laisse

---

76. La Commission a par conséquent recommandé que le poursuivant privé, sous réserve du droit de regard conféré au procureur général, jouisse des mêmes droits que le ministère public en ce qui concerne les poursuites (et notamment en matière d'appel). Ces recommandations s'écartent des règles actuellement en vigueur selon lesquelles le poursuivant privé n'a toute latitude que dans les affaires les moins graves (soit, les poursuites par procédure sommaire). *Ibid.* aux pp. 33-37.

77. Nations Unies, «Projet d'ensemble de principes concernant la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement» dans *Rapport de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités*, E/CN.4/1296, Genève, 1978 à la p. 17.

78. Plus précisément, le document de travail recommande que toute personne détenue avant le procès jouisse des droits suivants :
    1. être informée de ses droits dans un délai raisonnable;
    2. recevoir une copie du mandat de détention ou de tout autre document autorisant la détention;
    3. *a*) avoir la possibilité, dans une mesure raisonnable, de consulter un avocat; *b*) être autorisée à transmettre des messages écrits et confidentiels à son avocat et de recevoir des messages, sans délai; *c*) être autorisée à rencontrer un avocat sous la surveillance visuelle d'agents de la paix ou d'autres personnes en situation d'autorité, sans que ceux-ci puissent toutefois entendre la conversation;
    4. avoir la possibilité, dans une mesure raisonnable, de communiquer avec des membres de sa famille et de recevoir leur visite et, le cas échéant, de communiquer avec des agents consulaires ou diplomatiques;
    5. pouvoir être examinée par un médecin indépendant, à sa demande ou à la demande de sa famille ou de son avocat;
    6. disposer dans une mesure raisonnable d'ouvrages juridiques ou d'autres ouvrages pertinents.

à désirer, qui visent à forcer les témoins récalcitrants ou peu coopératifs à se présenter devant la cour et permettent, le cas échéant, leur détention.

Quant aux dispositions du *Code* sur la mise en liberté, il est permis de penser qu'elles contreviennent aux garanties de la *Charte* en matière d'égalité puisque, dans certains cas, les témoins sont traités plus durement que les accusés[79]. La Commission a par conséquent conclu qu'un nouveau régime en matière de mise en liberté provisoire devrait à tout le moins assurer aux témoins importants un traitement égal à celui réservé aux accusés. Ainsi, pour donner un seul exemple, les dispositions du *Code* actuel prévoient que le juge de paix qui ordonne la détention d'un accusé doit motiver sa décision, mais la règle ne s'applique pas pour ce qui est de l'incarcération d'un témoin. Il faut manifestement changer cet état de choses. Tout régime de mise en liberté provisoire doit comporter des dispositions obligeant les autorités à motiver leur décision lorsqu'elles privent une personne de sa liberté.

2. L'efficacité

Comme le veut l'adage, «justice tardive équivaut à injustice». Et la question de l'équité mise à part, les lenteurs de la justice sont également source d'inefficacité.

Sauf quelques rares exceptions, la poursuite des infractions criminelles échappe à toute prescription. Il conviendrait toutefois, par souci d'efficacité, d'insérer dans la loi des dispositions régissant le cas des poursuites tardives; cela se fait souvent par l'établissement de délais de prescription. Dans le document de travail n° 54 intitulé *La classification des infractions*, la Commission propose la règle suivante : «aucune poursuite à l'égard d'un crime punissable d'un emprisonnement de deux ans ou moins ne devrait pouvoir être *intentée* plus d'un an après les faits qui en sont à l'origine et après que l'identité du délinquant a été établie par les enquêteurs[80]».

En ce moment, la loi ne prévoit aucune prescription pour la période allant du dépôt de l'accusation jusqu'au début du procès. À cet égard, la procédure pénale canadienne s'écarte sensiblement d'autres régimes. Dans un futur document de travail sur le procès, la Commission compte recommander l'établissement de délais de prescription relativement à cette période. Une fois le délai écoulé, il y aurait normalement extinction de la poursuite, le tribunal étant cependant habilité, suivant certaines conditions, à prolonger le délai[81].

---

79. Par exemple, en ce qui concerne un témoin qui a été arrêté, le tribunal se trouve devant cette alternative : ou bien ordonner sa détention, ou bien ordonner sa libération sur l'engagement habituel (à savoir, avec ou sans caution). Il n'existe pas de dispositions semblables à celles qui concernent la mise en liberté des accusés, qui prévoient la remise d'une promesse assortie de conditions, ou établissent un autre principe fondé sur la «gradation».

80. CRDC, *La classification des infractions* [Document de travail n° 54], Ottawa, CRDC, 1986 à la p. 49 [ci-après Document de travail n° 54].

81. Suivant notre régime, le tribunal qui prorogerait le délai pourrait également accorder une réparation (par exemple, une ordonnance visant à accélérer le procès, ou des dépens) à la partie touchée dans des circonstances précisées au *Code*.

À première vue, les délais de prescription semblent offrir une solution remarquablement simple pour mettre fin à l'inefficacité et aux retards dans l'administration de la justice, mais la Commission reconnaît qu'il ne s'agit pas d'une panacée. On ne pourra pas réduire véritablement les retards qui caractérisent le processus judiciaire à moins de s'attaquer au problème sous divers angles et pas seulement sur le plan législatif. Car il faut également tenir compte de l'aspect politique qui concerne les champs de compétence tant fédéraux que provinciaux. Qui plus est, la question de l'affectation des ressources, ou de l'engagement de dépenses, revêt une extrême importance en dernière analyse pour le succès de toute tentative de réforme. En bref, l'établissement dans la loi de délais de prescription ne peut contribuer à réduire les lenteurs de l'administration de la justice pénale à moins que l'on prenne des mesures complémentaires en vue de s'attaquer aux sources véritables des retards.

Les lenteurs à l'étape du procès sont également liées à l'inefficacité de la procédure préalable au procès. Dans un futur document de travail sur le procès, la Commission étudiera certains mécanismes propres à raccourcir et à simplifier le procès, étape ultime des instances pénales. Ces mécanismes ont pour effet de déplacer le «centre de gravité» du processus pénal. Ils favorisent le règlement rapide de certaines questions litigieuses dont le règlement était jusqu'ici reporté à une étape beaucoup plus tardive, sans justification. Ils permettent par conséquent à chaque partie de mieux comprendre tous les aspects de la poursuite. La mise en œuvre de ces mécanismes serait susceptible de réduire les complications, les retards et les frais au moment du procès, voire éventuellement de supprimer la nécessité de celui-ci. Trois mécanismes particuliers sont analysés : les conférences préparatoires (favorisant la communication de renseignements entre les parties et la réalisation d'un accord sur des questions non litigieuses), les requêtes préalables au procès et les requêtes devant être présentées au début de celui-ci (dans les deux cas, il s'agit de faciliter le règlement de questions litigieuses avant le procès proprement dit).

Il faut attaquer l'inefficacité avec imagination; des solutions modernes s'imposent. Dans deux rapports distincts[82], la Commission a tenté d'adapter le droit pénal aux réalités du vingtième siècle en recommandant l'adoption du télémandat. Essentiellement, le télémandat permet d'adapter les mécanismes de délivrance des mandats (qu'il s'agisse de perquisition ou d'arrestation) aux techniques actuelles de télécommunication. Selon les propositions de la Commission, l'agent de la paix ne serait plus tenu, dans certaines circonstances, de se présenter en personne devant un juge de paix pour demander la délivrance d'un mandat; la demande pourrait être soumise par téléphone. Il s'agit en fait de rendre plus efficace le travail des agents de la paix qui sont parfois tenus de franchir des distances considérables, souvent dans des conditions difficiles, pour obtenir l'autorisation nécessaire au regard de l'exécution de leurs fonctions. Bien que la comparution en personne reste la meilleure méthode pour l'obtention d'un

82. Voir CRDC, *Le mandat de main-forte et le télémandat* [Rapport n° 19], Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1983 aux pp. 87-110 [ci-après Rapport n° 19]; et *L'arrestation* [Rapport n° 29], Ottawa, CRDC, 1986 à la p. 36 [ci-après Rapport n° 29].

mandat, la Commission cautionne l'utilisation facultative du télémandat lorsque cette comparution s'avère difficile[83].

Comme nous l'avons souligné, les propositions présentées par la Commission dans le Rapport n° 22 et le Rapport n° 23 étaient fondées sur un souci d'équité mais elles visent également une meilleure efficacité. L'institution de règles sur la communication obligatoire de la preuve avant le procès aurait des effets positifs sous le rapport de l'efficacité, tout simplement par la réduction des délais pour obtenir des renseignements ayant une incidence directe sur la préparation et le dénouement de l'affaire[84]. L'efficacité serait également favorisée d'une autre manière si tous les éléments pertinents devaient être communiqués : chaque partie étant mieux au fait des arguments de l'adversaire, le procès se déroulerait normalement à un rythme accéléré puisque l'on assisterait à une augmentation du nombre d'aveux, de renvois à procès avec

---

83. Bien que le télémandat soit destiné à favoriser l'efficacité dans le processus d'enquête, un certain nombre de garanties ont été établies pour assurer l'équité du procédé. Ainsi, les formalités proposées en matière de télémandat par la Commission comportent les garanties suivantes :
    1. La dénonciation présentée en vue d'une demande de mandat est faite sous serment et est consignée textuellement.
    2. Le juge de paix qui délivre le mandat est tenu de faire verser au dossier du greffe de la cour, aussitôt que possible, une transcription de la demande et du mandat original.
    3. Le télémandat ne peut être employé, dans le cas des perquisitions, pour effectuer une entrée clandestine ou une perquisition ou saisie dans des lieux privés. L'agent de la paix doit présenter à l'occupant une copie du télémandat avant d'entrer dans les lieux ou dès que possible après y être entré; lorsqu'il s'agit de lieux inoccupés, une copie du télémandat doit y être affichée d'une manière convenable et bien en vue.
    4. Le télémandat doit contenir un avis indiquant qu'une perquisition a été effectuée en vertu d'un mandat délivré par téléphone ou par un autre moyen de télécommunication; l'avis doit en outre indiquer l'adresse du greffier de la cour où sont gardés les renseignements utilisés pour l'obtention du mandat, ainsi que le mandat de perquisition lui-même.
    5. Dans le cas d'une perquisition, les agents de police sont tenus d'effectuer la perquisition et de remettre au greffier de la cour un procès-verbal, dans les trois jours suivant la délivrance du télémandat.
    6. Dans le cas où la légalité d'une perquisition serait par la suite contestée, le défaut de produire les transcriptions requises de la demande ou du mandat initial constitueront une preuve *prima facie* que la perquisition ou la saisie n'a pas été autorisée par un mandat. Voir Rapport n° 19 aux pp. 120-123.
    7. Dans le cas de l'arrestation, aucun juge de paix ne peut délivrer un mandat à moins d'être fondé à croire que la délivrance de celui-ci est nécessaire : «a) pour garantir la comparution du prévenu devant le tribunal; b) pour l'application de techniques d'investigation autorisées par la loi; c) pour empêcher toute entrave à l'administration de la justice; d) pour empêcher la continuation ou la répétition d'une infraction criminelle; e) pour garantir la protection ou la sécurité du public». Voir Rapport n° 29 à la p. 31.

84. La communication tardive de la preuve ou sa non-communication peuvent empêcher l'accusé de faire un choix éclairé en ce qui concerne le mode du procès ou le plaidoyer et l'obliger par la suite à modifier son choix initial. Cela retarde inévitablement le procès. En outre, l'absence totale ou partielle de communication de la preuve peut diminuer la possibilité pour l'accusé de préparer une défense pleine et entière. Et les retards sont chose courante devant les juridictions pénales à cause en partie du fait que l'enquête préliminaire (avec les occasions de contre-interrogatoire qu'elle présente) est couramment utilisée afin d'obtenir la communication d'éléments de preuve. Dans la mesure où la non-communication entraîne des contre-interrogatoires tenant de l'enquête (à savoir prolongés) au cours des enquêtes préliminaires, dans des circonstances où la communication les rendrait inutiles, l'intérêt d'accroître l'efficacité de la procédure par la communication obligatoire ne fait aucun doute. Voir Rapport n° 22 aux pp. 15-16.

consentement, de plaidoyers de culpabilité éclairés ou de retraits d'accusation par le ministère public[85].

Dans le domaine des interrogatoires effectués par la police, par ailleurs, on pourrait accroître l'efficacité des enquêtes en mettant au point des méthodes et mécanismes garantissant l'enregistrement le plus précis et le plus complet possible des déclarations et des circonstances dans lesquelles elles sont faites[86]. Aussi la Commission a-t-elle préconisé le recours aux méthodes d'enregistrement électroniques pour les aveux et les dépositions[87]. Des enregistrements d'une meilleure qualité auraient aussi d'autres effets bénéfiques qui augmenteraient l'efficacité du processus[88].

Finalement, la transformation judicieuse des règles de la mise en liberté sous caution, en vertu de la *Loi sur la réforme du cautionnement*, a débouché sur un régime légal dans lequel, pour l'essentiel, l'équité trouve une place adéquate. Il n'est donc pas étonnant qu'à l'heure actuelle, c'est avant tout l'efficacité qui est devenue l'objectif le plus urgent et le plus important de la réforme que nous avons entreprise dans ce domaine.

Dans une très large mesure, les règles actuellement prévues au *Code* en matière de comparution et de mise en liberté provisoire sont bien fondées et pleines de sens. Considéré globalement, cependant, le système est inutilement complexe, difficile à comprendre et malaisé à appliquer. Le manque de clarté qui en résulte constitue une source d'inefficacité.

Force est de conclure à l'inefficacité, par exemple, lorsque trois documents différents, ou formulaires, doivent être utilisés alors qu'un seul suffirait. Ainsi, on pourrait aisément réunir dans un même formulaire, appelé citation à comparaître, la citation à comparaître, la promesse de comparaître et l'engagement (il s'agit de documents délivrés par l'agent de la paix qui effectue l'arrestation ou le fonctionnaire responsable, selon le cas).

---

85. *Ibid.* aux pp. 16-17. De même, un juge qui sait que la Couronne a communiqué la preuve à la défense sera davantage en mesure de rendre des décisions sur des requêtes pour modifier des chefs d'accusation, pour diviser des chefs d'accusation ou sur des requêtes pour détails et, en règle générale, d'obliger les avocats à accélérer le déroulement des procédures en procédant notamment à des admissions.

86. Pour cette raison, il est proposé dans le Rapport n° 23 que les agents de police qui participent à l'interrogatoire d'un suspect soient tenus d'enregistrer, le plus tôt possible et de la manière la plus complète possible, chacune des questions posées et des réponses données.

87. *Ibid.* aux pp. 19-21.

88. Premièrement, la fidélité de l'enregistrement et le contenu de la déclaration en cause ne feront pratiquement plus l'objet d'aucun doute. Deuxièmement, l'incertitude quant aux circonstances dans lesquelles la déclaration a été faite se trouvera également réduite. Troisièmement, le recours généralisé à l'enregistrement électronique devrait réduire la durée et la fréquence des voir-dire (et même, en théorie, augmenter le nombre de cas où l'auteur de la déclaration en reconnaît le caractère volontaire ou renonce au voir-dire.) Quatrièmement, on devrait également assister à une augmentation correspondante du nombre de plaidoyers de culpabilité. Cinquièmement, les agents de police passeront sans doute moins de temps à témoigner devant le tribunal. Et enfin, les policiers seront sans doute moins exposés à des allégations de mauvaise conduite. *Ibid.* à la p. 21.

Il existe aussi une autre forme d'inefficacité qui s'exprime de manière complexe dans les règles selon lesquelles des pouvoirs différents sont attribués, en matière de mise en liberté, aux policiers selon leur grade[89] ou aux juges selon leur juridiction[90]. Par conséquent, en ce qui a trait à la mise en liberté des personnes arrêtées, la Commission recommande, dans son document de travail à paraître sur les mesures assurant la comparution, la suppression des distinctions actuellement faites entre les pouvoirs des agents de police effectuant l'arrestation et ceux des fonctionnaires responsables. Sur le problème de la juridiction, en outre, la Commission a proposé que l'on donne aux cours provinciales pleine compétence sur tout ce qui touche la mise en liberté provisoire, y compris les questions qui relèvent exclusivement, à l'heure actuelle, des juges de la cour supérieure en vertu de l'article 457.7 du *Code*.

3. La clarté

La clarté devrait toujours être l'un des principaux objectifs poursuivis dans la réforme du droit. Elle est très étroitement liée au principe de la modération puisque le fait de *préciser* les limites dans lesquelles l'État peut porter atteinte aux droits individuels *clarifie* également les limites des pouvoirs conférés aux autorités. Par exemple, lorsqu'on cherche, par le moyen de dispositions légales, à restreindre le recours aux pouvoirs de police et leur exercice, on sera amené idéalement à préciser du même coup les droits et obligations des citoyens et de la police en matière d'enquête.

Nos travaux dans le domaine des pouvoirs de police et de la procédure pénale sont fondés sur ce postulat fondamental : il faut poser des limites fixes, claires et raisonnables à l'égard des pouvoirs d'enquête conférés à la police. Nulle étape du processus pénal ne comporte un risque de disparité aussi extrême entre les pouvoirs et ressources de l'État et ceux de l'individu que celle de l'enquête policière. Et cela est spécialement vrai en ce qui concerne le suspect qui a été arrêté ou est détenu. Faute de

---

89. En ce qui concerne la police, ce principe de «gradation» est fondé sur deux axiomes : en premier lieu, le pouvoir d'autoriser la mise en liberté d'une personne soupçonnée ou accusée d'un crime est attribué à des policiers d'un grade plus ou moins élevé ou à des juges d'une juridiction plus ou moins importante, selon la gravité de l'infraction reprochée; en second lieu, chaque décision relative à l'arrestation, à la détention ou à la mise en liberté peut généralement être révisée à un niveau de compétence plus élevé. Il n'est pas facile de résumer ou d'expliquer rationnellement la manière dont ces principes ont été appliqués dans l'attribution des pouvoirs relatifs à la mise en liberté provisoire. Disons simplement que l'agent qui effectue l'arrestation dispose de certains pouvoirs en matière de mise en liberté provisoire qu'il peut exercer «sur les lieux», suivant la nature de l'infraction en cause. Lorsque l'infraction présente un caractère plus sérieux, le suspect doit être amené au poste de police et sa mise en liberté est alors décidée par un fonctionnaire supérieur (désigné dans le *Code* «fonctionnaire responsable»); ou encore, le suspect doit attendre qu'un fonctionnaire judiciaire décide, dans un délai de vingt-quatre heures, de l'opportunité de sa mise en liberté.

90. En ce qui concerne l'ordre judiciaire, la mise en application du principe interdit aux juges de la cour provinciale de trancher les questions relatives à la mise en liberté en ce qui concerne une série d'infractions désignées à l'article 457.7 du *Code* (la plus grave de ces infractions étant le meurtre) bien que, pour toutes les autres infractions, il soit responsable de l'administration de la *Loi sur la réforme du cautionnement*. (Les juges de la cour provinciale peuvent trancher la question de la mise en liberté lorsqu'il s'agit d'une inculpation de tentative de meurtre ou d'homicide involontaire coupable mais, suivant les dispositions actuelles du *Code*, ils n'ont aucun pouvoir en matière de mise en liberté sous caution lorsque l'inculpation porte sur l'infraction de meurtre.)

règles claires et détaillées (c'est-à-dire, lorsque la loi présente des lacunes), les risques d'oppression et d'intimidation s'accroissent énormément. L'absence d'une réglementation globale en matière d'enquête criminelle est illustrée d'une manière frappante par le cas des techniques d'investigation appliquées par la police[91].

Outre le simple interrogatoire, les fouilles sommaires effectuées sur la personne de suspects et d'autres pratiques semblables, la plupart des techniques d'investigation ne sont pas soumises à une réglementation claire au Canada. On ne peut discerner aucune politique uniforme à cet égard. Il n'existe pas de code rationnel et complet qui déterminerait, par exemple, à quel moment les autorités peuvent avoir recours à des techniques d'investigation, de quelle façon elles doivent les appliquer, ou encore quels sont les droits et obligations des éventuels sujets. Vu leur caractère, pourtant, les techniques d'investigation qualifiées de «scientifiques» sont de nature à porter davantage atteinte à l'intimité des citoyens que les méthodes plus traditionnelles comme l'interrogatoire ou les fouilles, perquisitions et saisies. Plus précisément, elles supposent l'utilisation du corps ou de l'esprit d'une personne en vue de l'obtention d'éléments de preuve incriminants[92].

Les propositions présentées par la Commission dans le Rapport n° 25 favorisent la clarté car on indique précisément les techniques d'investigation qui ne devraient pouvoir être appliquées qu'en vertu d'une ordonnance judiciaire (rec. 4) et celles dont l'application serait strictement interdite (rec. 2)[93].

Les propositions de la Commission en matière de classification des infractions doivent également être considérées comme une clarification et une amélioration de la procédure pénale.

Dans le Document de travail n° 54, on en vient à la conclusion que le système actuel de classification des infractions ne présente pas un caractère systématique et que la répartition des conduites criminelles n'obéit à aucun principe rationnel. Idéalement,

91. À cet égard, il faut absolument citer les techniques telles que l'interrogatoire des suspects et les fouilles, perquisitions et saisies, questions qui ont été étudiées dans d'autres rapports de la Commission. Voir CRDC, *Les techniques d'investigation policière et les droits de la personne* [Rapport n° 25], Ottawa, CRDC, 1985 [ci-après Rapport n° 25]; Rapport n° 23; et, *Les fouilles, les perquisitions et les saisies* [Rapport n° 24], Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1984 [ci-après Rapport n° 24].

92. Sous la rubrique générale des «techniques d'investigation applicables à la personne», figurent notamment les techniques suivantes : les séances d'identification et les confrontations; les examens corporels pratiqués sur une personne dévêtue; la prise de radiographies ou l'examen des orifices corporels en vue de découvrir des corps étrangers ou des objets dissimulés; la prise d'empreintes digitales, le prélèvement de poils ou de cheveux, de sang, de salive ou d'autres substances corporelles; l'administration de diverses substances («sérum de vérité», émétiques, lavements); les épreuves physiques visant notamment à vérifier si une personne est sous l'effet de l'alcool ou d'une drogue; le prélèvement d'échantillons d'haleine; l'analyse polygraphique (détecteur de mensonge); l'examen psychiatrique; l'hypnose; etc. Voir Rapport n° 25 à la p. 2.

93. Rapport n° 25 aux pp. 38-41. Selon ce rapport l'ordonnance judiciaire (requise le cas échéant) ne pourrait être rendue à moins que les trois conditions suivantes ne soient réunies : «a) la personne à qui l'on entend appliquer la technique d'investigation envisagée a été inculpée d'une infraction punissable d'une peine d'emprisonnement de cinq ans ou plus; b) il existe des motifs raisonnables de croire que le recours à la technique envisagée fournira des éléments de preuve relatifs à l'infraction dont le sujet a été inculpé; c) aucune autre méthode moins attentatoire aux droits du sujet ne peut en pratique être utilisée pour recueillir les éléments de preuve recherchés» (rec. 5).

les règles de procédure applicables à un accusé devraient être déterminées par la nature de l'infraction qui lui est imputée. Or malheureusement, la classification actuellement employée dans le *Code* est obscure, confuse, compliquée et n'est pas fondée sur cette idée[94]. En effet, il arrive fréquemment que les infractions appartenant à une même catégorie fassent l'objet de règles de procédure différentes. À vrai dire, les règles actuelles en matière de classification regorgent d'exceptions et d'anomalies.

Suivant le système proposé dans le Document de travail nº 54, la catégorie à laquelle appartient un crime donné indique les règles de procédure applicables aux diverses étapes du processus pénal, soit depuis l'arrestation jusqu'à l'éventuel acquittement ou condamnation.

Actuellement, le *Code* comporte soixante-cinq infractions dites «mixtes»[95]. Cela constitue un obstacle à la clarté à cause de la nature délibérément floue et éventuellement incertaine de ces crimes. Par exemple, le méfait à l'égard de données (art. 387(5)) et le vol ou falsification de cartes de crédit (art. 301.1) sont considérés comme deux infractions sérieuses si elles sont poursuivies par voie de mise en accusation. En effet, chacune rend son auteur passible d'une peine maximale de dix ans d'emprisonnement. Or la peine maximale prévue lorsque les mêmes infractions sont poursuivies par procédure sommaire est de six mois d'emprisonnement. Logiquement, si le Parlement veut imposer une peine plus sévère ou des règles de procédure plus rigoureuses en cas de circonstances aggravantes, il devrait définir le crime d'une manière claire et précise afin de faire de ces circonstances aggravantes des éléments constitutifs de l'infraction. À l'heure actuelle, une seule définition, de caractère général, est utilisée au regard de ces infractions, que la poursuite soit engagée par procédure sommaire ou par voie de mise en accusation.

---

94. Les dispositions actuelles du *Code* touchant le procès par jury montrent combien le système en vigueur est inutilement complexe et pourrait être sensiblement amélioré par de simples modifications. Par exemple, le procès par jury ne peut avoir lieu qu'à l'égard d'actes criminels. Cependant, certains actes criminels ne peuvent faire l'objet d'un procès par jury (ceux qui sont énumérés à l'article 483 du *Code* ne peuvent être jugés que par un juge de la cour provinciale siégeant sans jury). Pour certains actes criminels (il s'agit en fait de la majorité d'entre eux) le procès par jury est lié à l'exercice d'un choix par l'accusé. Enfin, dans le cas d'autres actes criminels (dont la liste figure à l'article 427 du *Code*), le procès par jury est obligatoire et doit avoir lieu devant un juge de la cour supérieure. Suivant le régime proposé par la Commission, toute personne inculpée d'un crime punissable d'un emprisonnement de plus de deux ans (les infractions prévues à l'article 483 n'appartiendront pas à cette catégorie) devrait avoir le droit de subir un procès devant jury.

95. Ces crimes peuvent être poursuivis soit par voie de mise en accusation, soit par procédure sommaire, le choix étant laissé au procureur général ou à son représentant. À l'heure actuelle, la cour n'exerce aucun pouvoir de surveillance sur ce pouvoir discrétionnaire du poursuivant et le *Code* ne fournit aucun critère pour en orienter l'exercice. Ces crimes sont parfois appelés infractions «à option de procédure».

L'existence de ces infractions nuit à l'intégrité systémique de toute classification[96]. Pour remédier à cette situation, la Commission a proposé que nul crime défini par le Parlement n'appartienne à plus d'une catégorie, aucun ne devant être désigné comme une infraction «hybride» ou «à option de procédure», ni en revêtir les caractéristiques.

4. La modération

La notion de modération, mise en pratique, suppose l'existence de restrictions quant aux pouvoirs de l'État. Les atteintes à la liberté peuvent être permises si elles sont autorisées expressément par la loi, mais seulement dans la mesure nécessaire suivant les circonstances. Les mandats de main-forte qui jusqu'à présent étaient prévus par quatre textes législatifs, soit la *Loi sur les douanes*, la *Loi sur l'accise*, la *Loi sur les stupéfiants* et la *Loi des aliments et drogues*[97], ont été jugés «inadéquats du point de vue constitutionnel[98]» par la Cour suprême du Canada et contreviennent, de l'avis de la Commission, au principe de la modération. La Commission déclarait à ce sujet, dans son Rapport n° 19 : «des lois qui dispensent l'État de justifier au préalable le recours à des pouvoirs de perquisition portant atteinte à la vie privée, des lois qui confèrent des pouvoirs de fouille, de perquisition et de saisie sans restriction temporelle ou spatiale ou à l'égard de l'emploi de la force, et n'ayant pas à être fondés sur des motifs raisonnables, sont inévitablement incompatibles avec les traditions du common law et

96. Les infractions «mixtes» sont source d'incertitude et de confusion dans la mesure où la personne concernée ne peut connaître la nature du risque auquel elle est exposée ni les conséquences de l'accusation sur le plan de la procédure, jusqu'à ce qu'un temps considérable se soit écoulé après l'engagement des poursuites. Pour favoriser une plus grande certitude, les tribunaux, vu l'absence de directives dans la loi, ont été tenus de clarifier pour des raisons de procédure la nature de l'infraction (à savoir, s'agit-il d'une infraction punissable par procédure sommaire ou d'un acte criminel?) au cours de la période précédant le choix exercé par le poursuivant. Jusqu'à une époque relativement récente, par exemple, on ne savait pas avec certitude si une personne inculpée d'une infraction «mixte» était obligée de se soumettre à la prise d'empreintes digitales au moment de l'arrestation ou, par la suite, avant que le poursuivant n'indique officiellement son choix : voir, par exemple, *R.* v. *Toor* (1973), 11 C.C.C. (2d) 312 (C.S. C.-B.).

97. *Loi sur les douanes*, S.R.C. 1970, c. C-40; *Loi sur l'accise*, S.R.C. 1970, c. E-12; *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, c. N-1; *Loi des aliments et drogues*, S.R.C. 1970, c. F-27.

98. Voir *R.* c. *Hamill* (1987), [1987] 1 R.C.S. 301 à la p. 307.

avec nos aspirations constitutionnelles» (à la p. 40)[99]. C'est notamment pour ces raisons que la Commission a recommandé la suppression des mandats de main-forte[100].

Nos propositions, à cet égard, visent à limiter ou à restreindre les pouvoirs de la police comme les pouvoirs judiciaires. En effet, les juges se verraient retirer le droit de délivrer ce qui constitue, dans les faits, un document donnant carte blanche à la police. Bien sûr, du même coup la police n'aurait plus le droit d'invoquer les pouvoirs conférés par ce mandat judiciaire extraordinaire.

Modération et obligation de rendre compte vont de pair. D'une part, les règles de procédure dont l'application porte atteinte à la liberté individuelle doivent être utilisées avec modération et, d'autre part, lorsque la loi autorise de telles atteintes, les personnes exerçant des pouvoirs en cette matière devraient être tenues de rendre compte de la manière dont elles les exercent. Les deux objectifs coïncident lorsqu'il est question de surveillance électronique.

Les moyens mis en œuvre par les criminels, à notre époque, justifient le recours aux techniques modernes de surveillance et cela malgré les menaces que font peser celles-ci sur la vie privée. La Commission a aussi reconnu, toutefois, que l'on ne saurait donner carte blanche aux autorités concernées. Il convient au contraire de réglementer et de restreindre par des textes législatifs l'exercice de tels pouvoirs[101].

Il est indéniable que, dans l'état actuel du droit, la police a implicitement le pouvoir d'entrer dans des lieux privés, de façon clandestine, afin d'y installer des dispositifs d'écoute ou de les en retirer[102]. L'exercice de ce pouvoir n'en demeure pas moins encore marqué par une ambiguïté considérable. Aussi la Commission a-t-elle

---

99. Dans son Rapport n° 24, la Commission a préconisé l'instauration d'un régime en vertu duquel les perquisitions avec mandat seraient la règle et les perquisitions sans mandat, l'exception. Quant aux perquisitions effectuées en vertu d'un mandat de main-forte, elles équivalent en réalité à des perquisitions sans mandat. Pour que la formalité de l'autorisation préalable soit efficace, il est nécessaire de permettre à la personne qui autorise une atteinte à la vie privée d'une personne, avant la perquisition devant être effectuée, de vérifier, d'une manière parfaitement neutre et impartiale, les preuves présentées pour justifier la nécessité d'une telle perquisition. Or aucune exigence semblable relativement à l'autorisation préalable n'est inscrite dans les dispositions relatives au mandat de main-forte.

100. Cette recommandation est conforme au point de vue adopté par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Hunter* c. *Southam Inc.* (1984), [1984] 2 R.C.S. 145. La Cour y a jugé qu'en vertu de l'article 8 de la *Charte* (qui interdit les fouilles, perquisitions et saisies abusives), il faut dans chaque cas voir si en l'espèce le droit du public de ne pas être importuné doit céder le pas au droit de l'Administration de porter atteinte à la vie privée du citoyen en vue de l'application efficace de la loi. Le but de l'article 8 de la *Charte* est d'empêcher les perquisitions abusives. En interprétant cette disposition, la Cour suprême du Canada a déclaré que la validité des perquisitions et saisies est subordonnée à une autorisation préalable (soit une formalité de délivrance du mandat), lorsque celle-ci est possible. Une perquisition effectuée sans mandat, et donc une perquisition effectuée en vertu d'un mandat de main-forte, est à première vue abusive au sens de l'article 8 de la *Charte*.

101. Bon nombre des propositions spécifiques répondant à cet objectif sont étudiées ci-dessous, sous la rubrique de la responsabilité. Pour l'instant, nous devons nous intéresser aux éléments qui sont clairement liés au principe de la modération.

102. Cette question a fait l'objet d'une très grande controverse avant les décisions récentes rendues par la Cour suprême du Canada. Voir *Lyons* c. *R.* (1984), [1984] 2 R.C.S. 633; et *Renvoi fondé sur le par. 27(1) de la Judicature Act* (1984), [1984] 2 R.C.S. 697.

recommandé dans le document de travail n° 47 intitulé *La surveillance électronique*[103], que des pouvoirs exprès et restreints soient conférés à la police concernant l'entrée clandestine dans des lieux, mais uniquement par la loi et dans des circonstances précisément définies. Suivant les règles proposées par la Commission, nulle entrée clandestine ne pourrait avoir lieu à moins d'avoir été expressément autorisée par une ordonnance du juge ayant donné l'autorisation d'écoute électronique.

Afin de favoriser la modération et de protéger la vie privée des particuliers, et notamment des personnes ne faisant l'objet d'aucun soupçon, on proposait dans le document de travail que le juge qui délivre l'autorisation soit spécifiquement tenu d'envisager l'insertion, dans l'ordonnance, d'un certain nombre de conditions en vue de garantir que seules les conversations des personnes visées seront interceptées et enregistrées[104]. Le souci de protéger la vie privée tout en ne nuisant pas de façon exagérée à l'application de la loi se retrouve également dans les règles touchant l'arrestation.

D'après une ancienne maxime anglaise, «la maison de chacun est pour lui son château»; et pourtant, la décision récente de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Landry*[105] a jeté une certaine incertitude sur la notion de l'inviolabilité du domicile des citoyens. Il reste important de protéger la demeure familiale contre les intrusions injustifiées et la Commission a par conséquent recommandé dans le Rapport n° 29 que sous réserve d'exceptions bien précises mais importantes, aucun agent de la paix ne puisse entrer dans une habitation privée sans le consentement de ses occupants afin d'y effectuer une arrestation que s'il est en possession d'un mandat et croit pour des motifs raisonnables que la personne devant être arrêtée se trouve dans l'habitation en question[106].

Tout important soit-il, cependant, le principe de la modération ne peut être tenu pour absolu. Lorsque la rapidité d'intervention est indispensable pour protéger la vie d'une personne, une dérogation aux exigences légales habituelles devrait être considérée comme justifiée, ce que la Commission a reconnu dans ses propositions en matière d'arrestation.

Le principe de la modération s'exprime également dans les recommandations faites par la Commission au sujet de l'interrogatoire des suspects et de l'application des

103. Voir CRDC, *La surveillance électronique* [Document de travail n° 47], Ottawa, CRDC, 1986 à la p. 55 [ci-après Document de travail n° 47].

104. *Ibid.* à la p. 43. Suivant l'une de ces conditions, lorsque l'on se propose d'intercepter les communications à un téléphone que le public peut utiliser, l'interception devra faire l'objet d'une surveillance humaine et être accompagnée d'une surveillance visuelle. Ce mécanisme vise à empêcher les atteintes injustifiées à la liberté et donc à favoriser la modération.

105. *R. c. Landry* (1986), [1986] 1 R.C.S. 145.

106. Rapport n° 29, recommandation 8 aux pp. 43-44. Suivant les propositions, l'agent qui veut exécuter le mandat est tenu de donner avis de sa présence et de son identité, d'exiger qu'on le laisse entrer et de laisser s'écouler un délai raisonnable avant de pénétrer dans l'habitation. En outre, l'agent de la paix pourrait entrer dans une habitation privée sans avoir obtenu un mandat si la personne devant être arrêtée est en train ou sur le point de commettre une infraction susceptible de mettre en danger des vies humaines. Enfin, l'agent n'aurait pas à donner avis de sa présence et à exiger qu'on le laisse entrer lorsque cela risquerait de mettre en danger sa propre vie ou celle d'une autre personne.

techniques d'investigation policière. Dans le Rapport n° 23 (aux pp. 3-4), on propose en effet l'instauration de règles destinées à protéger les droits des personnes détenues : les suspects (à savoir les personnes qui risquent d'être poursuivies, voire condamnées) seraient obligatoirement informés de leur droit de garder le silence avant d'être interrogés par un agent de police[107].

Les propositions touchant l'interrogatoire des suspects visent à définir et à protéger les intérêts non seulement des suspects et des accusés, mais également de *toutes* les parties concernées par l'enquête et la poursuite. Le fait d'obliger les agents de police à agir en conformité avec des prescriptions impératives contribue à protéger les droits individuels et par ailleurs favorise au maximum la responsabilité dans le processus d'enquête. Les poursuivants qui souhaitent obtenir des condamnations fondées sur des aveux obtenus d'une manière conforme à des critères connus ou vérifiables profitent de l'adoption de règles de procédure qui posent ainsi des limites à l'action des autorités.

Dans le même ordre d'idées, la Commission a exprimé l'avis, dans son Rapport n° 25, que les personnes soumises à l'application de telles techniques doivent être informées d'une manière adéquate et complète au sujet des méthodes dont on envisage l'application[108].

Malgré l'importance primordiale accordée au principe de la modération dans ce rapport, on y reconnaît néanmoins la légitimité et l'utilité d'un nombre important de techniques d'investigation[109]. Conformément à la notion de modération, un certain nombre de techniques présentant un caractère «médical» font l'objet d'une interdiction

---

107. Voir aussi Rapport n° 23 aux pp. 13, 14 et 16. Les propositions de la Commission sont conformes au principe de la modération car les agents de police ne pourraient interroger un suspect au sujet d'une infraction à moins que la personne soit au préalable avisée de son droit de garder le silence et de communiquer avec un avocat. Il est particulièrement important, dans ce domaine, de clarifier la définition du «suspect». Car si la personne visée ne répond pas aux caractéristiques d'un suspect, les policiers pourraient ne pas être tenu de se conformer aux règles de procédure puisque l'on pourrait soutenir que la personne interrogée ne jouit pas des droits prévus par les règles. L'élément clé, pour l'application des règles proposées par la Commission, consiste dans le fait de croire qu'une personne a commis une infraction. Aussi s'applique-t-elle lorsque l'agent a des soupçons qui justifieraient l'arrestation du suspect, peu importe qu'une arrestation ait été effectuée ou non.

108. Rapport n° 25, recommandations 9-12 aux pp. 45-47. La police doit donner au suspect les raisons pour lesquelles on veut employer la technique en question et l'informer du fait que la loi l'oblige ou non à se soumettre à l'application de cette technique. Lorsque le consentement est requis, les policiers seraient tenus de donner au sujet les renseignements suivants : la nature et le but de la technique dont on envisage l'utilisation; le cas échéant, les risques véritables que comporte pour sa santé et sa sécurité l'application de la technique envisagée; son droit de consulter un avocat avant de consentir ou de refuser de consentir à l'application de la technique envisagée; son droit de refuser de donner son consentement ou de le retirer en tout temps. En outre, pour garantir la plus grande protection possible du sujet sur les plans de la vie privée et de la santé, les règles confèrent au sujet le droit à la plus grande intimité possible pendant l'application de la technique, compte tenu de la nature de celle qui est employée; la technique doit en outre être appliquée par des personnes qualifiées. Enfin, le sujet a droit à ce que la technique soit appliquée de façon à l'incommoder le moins possible.

109. En fait, la Commission préconise expressément dans certains cas que les autorités se voient conférer le pouvoir d'appliquer des techniques d'investigation dont la légalité est à l'heure actuelle douteuse. Voir *ibid.*, recommandation 4, où figure la liste complète des techniques d'investigation en cause.

absolue, dans le régime proposé, parce qu'elles sont par essence inacceptables étant donné l'atteinte à l'intimité de la vie privée qu'elles supposent[110].

Par ailleurs, le principe de la modération trouve des applications quelque peu inhabituelles dans nos propositions relatives à l'accès des médias et du public au processus pénal[111]. En préconisant la suppression des interdictions obligatoires de publication, nous souhaitions réduire la possibilité pour les parties d'empêcher les médias de relater le déroulement des enquêtes préliminaires ou des enquêtes sur la mise en liberté sous caution lorsque la nécessité d'une telle atteinte à la transparence judiciaire n'a pas été démontrée[112]. Nous cherchions aussi dans le même document à réduire le pouvoir des juges d'ordonner le huis clos, dans les audiences pénales, pour de vagues considérations de moralité publique[113]. Les deux exemples montrent bien que le principe de la modération n'est pas restreint, dans son application, à l'exercice de pouvoirs de police.

5. La responsabilité

La notion de responsabilité serait tout à fait chimérique si les personnes exerçant en matière de procédure pénale des pouvoirs importants ou discrétionnaires n'étaient pas tenues de rendre compte de la façon dont elles les exercent. La maxime «là où il y a un droit, il y a un recours» est davantage qu'un simple slogan.

Du reste le droit canadien comporte depuis longtemps des mécanismes destinés à sanctionner les manquements aux règles de procédure pénale. Bien que les dispositions en question soient fondées sur l'idée de réparation, elles n'ont pas toujours été désignées ou considérées comme telles. Ainsi, le fait d'ordonner un ajournement lorsqu'une partie est prise au dépourvu constitue manifestement une mesure de réparation à l'égard de celle-ci. Autre exemple qui vient tout de suite à l'esprit : l'obligation de fournir des précisions lorsqu'un acte de procédure n'est pas assez détaillé. Citons aussi les dispositions de la Partie XXIV du *Code* actuel, qui permettent à la cour des poursuites sommaires d'ordonner le paiement de frais. Les mesures de réparation ne sont donc pas une innovation constitutionnelle. Elles font bel et bien partie des règles de procédure pénale édictées par la loi et elles se retrouvent également

---

110. *Ibid.*, recommandation 2 aux pp. 38-39. Les propositions de la Commission interdisent d'une manière absolue l'administration d'une substance quelconque («sérum de vérité», émétiques ou lavements); toute technique chirurgicale nécessitant la perforation de la peau ou de tissus humains, par exemple l'extraction chirurgicale de balles (à l'exception de la prise d'échantillon de sang, dans des circonstances bien précises, chez des personnes soupçonnées d'avoir conduit avec des facultés affaiblies); toute technique destinée à extraire le contenu de l'estomac du sujet (comme le lavement gastrique); toute technique destinée à fournir une représentation par images d'une partie interne du sujet qui n'est pas exposée à la vue (rayons-X, ultrasons ou toute technique visant un but semblable et présentant des risques pour la santé).

111. Voir CRDC, *L'accès du public et des médias au processus pénal* [Document de travail n° 56], Ottawa, CRDC, 1987 [ci-après Document de travail n° 56].

112. *Ibid.*, recommandation 3 à la p. 49.

113. *Ibid.*, recommandation 4 à la p. 50.

dans une large mesure en common law (citons par exemple les règles portant sur l'irrecevabilité de certaines confessions).

La Commission a fait des recommandations sur la mise en application de divers régimes de procédure dans des domaines comme la surveillance électronique (voir Document de travail nº 47) et les pouvoirs d'enquête (voir Rapport nº 23 et Rapport nº 25). Et dans un document à venir sur les recours en matière de procédure pénale, elle compte traiter d'un point de vue plus général la question des mesures de réparation destinées à favoriser l'application des règles proposées.

Le régime proposé vise à promouvoir l'observation des règles et, le cas échéant, à replacer les parties dans la situation où elles se trouvaient avant l'éventuelle violation. La Commission proposera, dans son document sur les recours, l'établissement d'une règle supplétive qui s'appliquerait lorsque les autres dispositions spécifiques portant réparation sont inacceptables. Et en ce qui concerne l'obligation pour les juges de prendre en considération des arguments opposés pour décider si une réparation s'impose, la Commission s'efforcera dans ses propositions de définir les conditions d'exercice du pouvoir discrétionnaire ou les critères à appliquer. Essentiellement, il s'agit de mettre sur pied des mécanismes et un cadre assurant l'application des règles de procédure pénale proposées par la Commission.

L'irrecevabilité de la preuve est sans doute le procédé à la fois le mieux connu et le plus controversé, en droit canadien, pour ce qui a trait à la notion de responsabilité des autorités. Selon le point de vue de la Commission, exprimé dans un certain nombre de documents de travail et de rapports, l'irrecevabilité de la preuve doit être considérée comme une sanction exceptionnelle, pouvant à l'occasion s'avérer appropriée au regard de l'application des règles de procédure. En effet, l'une des façons dont on peut efficacement contrôler la manière dont les éléments de preuve sont obtenus consiste à en refuser l'utilisation lorsqu'ils ont été acquis en contravention des règles de procédure.

L'irrecevabilité de la preuve est l'un des recours prévus par la Commission en cas de violation de ses règles régissant la surveillance électronique. Un certain nombre d'autres mécanismes ont également été suggérés dans le Document de travail nº 47 en vue de favoriser la responsabilité. Cependant, celle-ci est difficile à réaliser pleinement lorsque les pouvoirs conférés sont exercés d'une manière secrète ou clandestine comme cela se passe dans ce domaine du droit.

L'un des deux objectifs poursuivis par le législateur en adoptant les dispositions relatives à la surveillance électronique consistait dans la protection de la vie privée des particuliers[114]. Aussi a-t-il institué des dispositions interdisant l'interception et la divulgation de communications privées ainsi que la possession de dispositifs destinés à l'interception de telles communications. Mais on avait également démontré, à cette époque, qu'il y avait lieu de permettre le recours à la surveillance électronique en vue de réaliser un autre objectif complémentaire, soit l'efficacité des enquêtes policières en

114. *R.* v. *Welsh and Iannuzzi (No. 6)* (1977), 32 C.C.C. (2d) 363 à la p. 369 (C.A. Ont.).

matière criminelle[115]. Aussi le législateur a-t-il du même coup mis sur pied des dispositions portant sur les interceptions autorisées par le tribunal.

Les dispositions actuelles répondent-elles aux attentes légitimes des citoyens en ce qui concerne la protection de la vie privée? C'est loin d'être sûr d'après les conclusions auxquelles la Commission est arrivée dans son étude sur la surveillance électronique (Document de travail n° 47).

Le recours à l'écoute téléphonique ou aux autres formes d'écoute électronique a toujours été considéré comme un moyen exceptionnel. Or depuis l'adoption de la Partie IV.1 du *Code*, et singulièrement depuis les modifications de 1977, on s'est inquiété du fait que l'écoute électronique a été utilisée à une fréquence bien plus grande et avec beaucoup moins de restrictions que ce qui était prévu à l'origine.

La nécessité d'une plus grande transparence et d'une plus grande responsabilité dans le domaine de la surveillance électronique est devenue de plus en plus évidente au fil des années. Aussi, du point de vue de la réforme, la Commission a-t-elle abordé plusieurs des dispositions de la loi par une mise en question des actions secrètes et confidentielles qu'elles cautionnent. En augmentant le caractère public du système, en fournissant aux juges les directives, renseignements et pouvoirs de surveillance nécessaires et en définissant d'une façon plus précise les droits et obligations des divers protagonistes, on espérait supprimer dans une large mesure la suspicion et la méfiance actuelles et parvenir ainsi à faire une plus grande place à la notion de responsabilité dans l'ensemble du système[116]. Comme les décisions seraient prises en meilleure connaissance de cause et partant revêtiraient une plus grande précision, il serait plus facile de vérifier leur bien-fondé et la vie privée des citoyens serait mieux protégée.

On tient généralement la transparence de la procédure pour le garant de la responsabilité des fonctionnaires dans l'exercice de leurs pouvoirs. Du reste, on retrouve cette idée dans un certain nombre de publications de la Commission. Dans le Document de travail n° 56, par exemple, il y a de nombreuses recommandations destinées à favoriser l'accès au processus et à fournir des moyens pour l'obtention de renseignements à son sujet.

La Commission propose dans son document de travail que le *Code* dans son ensemble traduise une orientation favorable à la transparence ou, pour reprendre les termes précis, une «présomption de transparence». Par voie de conséquence, elle estime que tout pouvoir judiciaire devrait être exercé d'une manière publique et que chacun devrait avoir accès aux documents judiciaires pertinents, sauf en cas de restrictions spécifiques liées à des circonstances bien précises.

---

115. *Ibid.*

116. Un certain nombre de propositions contenues dans le Document de travail n° 47 traduisent la grande place faite à la notion de responsabilité. Citons notamment : 1. l'interdiction des recherches à l'aveuglette (rec. 26 à 30); 2. les restrictions relatives à l'entrée clandestine dans des lieux privés afin d'y installer des dispositifs ou de les en retirer (rec. 31 à 39); 3. les propositions visant à mieux informer les personnes ayant fait l'objet d'interceptions (rec. 69 et 70); 4. l'atténuation du secret et les améliorations relatives au contrôle judiciaire (rec. 49 et 50).

Dans son état actuel, le *Code* est encombré d'une pléthore d'interdictions et de restrictions touchant la possibilité pour le public d'assister à certaines étapes de la procédure pénale ou d'avoir accès aux documents s'y rapportant. Et les motifs justifiant ces interdictions et restrictions demeurent flous, parfois même ils sont divergents. Dans le Document de travail nº 56, cette question est analysée sous l'angle de la liberté individuelle et de la liberté de la presse dans un souci de rationaliser les restrictions et, le cas échéant, d'y apporter des réformes. À titre d'exemple précis, relatif au principe de la responsabilité, citons les recommandations de la Commission en matière de mandats de perquisition.

Dans l'affaire *MacIntyre*[117], la Cour suprême du Canada a jugé que les demandes de mandats de perquisition pouvaient être entendues à huis clos, l'objectif étant de ne pas enlever au mandat son efficacité à titre d'outil utilisé par les enquêteurs. En effet, les mandats perdent presque toute utilité lorsque les personnes visées savent à l'avance qu'on s'apprête à les fouiller ou à perquisitionner chez elles. Les propositions de la Commission s'accordent donc avec le point de vue exposé par la Cour suprême dans l'affaire *MacIntyre*.

Davantage que la question de l'accès aux audiences portant sur les demandes de mandat, c'est celle de l'accès aux documents et de la publication ou diffusion de leur contenu qui fait problème. La Commission recommande dans son Document de travail nº 56 que les mandats et les dénonciations y afférentes puissent être examinés par toute personne, ceci afin de favoriser une plus grande conformité aux exigences de la loi lors de l'octroi de pouvoirs à caractère attentatoire[118]. On pourrait craindre que cet accès plus grand du public, cette transparence accrue, incite des agents de la paix à s'abstenir délibérément de présenter certains renseignements dans leurs demandes de mandat. La Commission a cependant conclu qu'une plus grande transparence aurait pour effet d'accroître dans l'ensemble le respect des règles de procédure ainsi que l'obligation de rendre compte. La perte de détails sans doute inutiles, dans un petit nombre de cas, n'est pas un prix trop grand à payer pour parvenir à cet objectif.

En vertu du régime proposé, l'accès du public et la publication des mandats ainsi que des documents y afférents seraient permis après l'exécution des mandats même

117. *P.G. (Nouvelle-Écosse)* c. *MacIntyre* (1982), [1982] 1 R.C.S. 175 [ci-après *MacIntyre*].

118. Dans l'affaire *MacIntyre*, la Cour suprême s'est fondée sur le principe que les actes judiciaires et les renseignements y afférents devraient normalement être accessibles et pouvoir être publiés. Or notre étude sur les pratiques ayant cours en matière de mandat de perquisition, effectuée pour la rédaction du document intitulé *Les pouvoirs de la police : les fouilles, les perquisitions et les saisies en droit pénal* [Document de travail nº 30], Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1983 [ci-après Document de travail nº 30], a montré que plus de cinquante pour cent des mandats examinés étaient invalides car ils ne contenaient pas les renseignements requis.

lorsque les perquisitions se sont avérées infructueuses[119]. Une fois le mandat exécuté, l'application efficace de la loi devient moins importante au regard du droit du public d'être informé, comme cela a été reconnu dans l'arrêt *MacIntyre*.

Les règles proposées donnent au juge de paix la possibilité de rendre inintelligibles (au moyen d'un code) certains éléments figurant sur le mandat ou la dénonciation, mais seulement dans des circonstances bien précises. Il peut également supprimer certains renseignements particulièrement délicats au lieu d'interdire l'accès à tous les documents en cause. Sont notamment visés les renseignements dont la divulgation révélerait l'existence d'écoute électronique en cours. En outre, le nom d'un informateur ou les données permettant de l'identifier peuvent être rendus inintelligibles lorsque la sécurité de cette personne pourrait être compromise. Cela est du reste conforme à la protection accordée aux informateurs en common law.

Enfin, le juge de paix délivrant le mandat ne pourrait refuser au public l'accès au mandat et à la dénonciation y afférente que si la divulgation de leur contenu risque d'entraver une enquête policière en cours ou de compromettre la sécurité de certaines personnes. Il s'agit de favoriser au maximum le respect de l'obligation de rendre compte. Le pouvoir de refuser l'accès du public ne pourrait en outre être exercé à moins qu'il s'avère insuffisant, dans les circonstances, d'ordonner que certains renseignements soient rendus inintelligibles[120].

6. La participation

On trouve exprimé dans le Document de travail n° 52 le principe suivant lequel la procédure pénale devrait, autant qu'il est possible, permettre la participation véritable des citoyens au processus pénal lorsqu'ils sont concernés. Comme cela a déjà été mentionné, la Commission estime qu'il y aurait lieu de permettre expressément aux citoyens de jouer un rôle plus important dans le cadre des poursuites privées; il s'agirait d'intégrer les aspects formels de ce rôle dans les règles de procédure pénale énoncées au *Code*. Ainsi, celui-ci devrait préciser que le poursuivant privé (sous réserve du droit

---

119. Après l'arrêt *MacIntyre*, le législateur a ajouté au *Code* une disposition ayant pour effet de restreindre, après une perquisition, la publication du contenu des mandats et des renseignements y afférents. Cette disposition (art. 443.2) a suscité une énorme controverse et, dans certains cas, on a délibérément décidé de passer outre cette restriction. Certaines décisions rendues par des tribunaux de juridiction inférieure ayant considéré cette interdiction de publication comme contraire à l'article 2*b*) de la *Charte* (cf. *Canadian Newspapers Co.* v. *A.-G. Canada* (1986), 53 C.R. (3d) 203 (H.C. Ont.); *Canadian Newspapers Co. Ltd.* v. *A.-G. Canada* (1986), 28 C.C.C. (3d) 379 (B.R. Man.)), le ministre de la Justice a déclaré qu'il tiendrait pour inopérante la disposition en cause. Par suite de ces faits, nous avons réétudié la question dans notre Document de travail n° 56.

120. Cependant, dans le but de favoriser la responsabilité et l'équité dans l'administration de la justice, nous avons recommandé que les tribunaux puissent réviser le bien-fondé de la décision de rendre inintelligible certains renseignements. Pourrait ainsi être divulgué tout renseignement rendu inintelligible si cela est nécessaire pour permettre à l'accusé de présenter une défense pleine et entière.

de regard du procureur général sur toutes les poursuites) jouit des mêmes droits que le ministère public pour le déroulement de l'affaire, notamment en matière d'appel[121].

Les poursuites privées sont habituellement intentées dans des cas relativement anodins d'agression — il s'agit souvent de querelles de ménage ou de disputes entre voisins. Un poursuivant débordé pourra alors refuser d'intenter une action pour des motifs risquant d'être jugés inacceptables par le plaignant. Mais bien qu'ayant décidé de ne pas engager de poursuite, le représentant du ministère public pourrait choisir de ne pas s'opposer en cas de poursuite privée pourvu qu'un juge de paix soit disposé à donner suite à la plainte. Si la loi ne reconnaissait pas l'existence du droit d'engager une poursuite privée, des personnes ayant *effectivement* subi un préjudice se trouveraient sans aucun recours dans le système judiciaire pénal[122].

Il y a lieu de voir, dans nos recommandations, une tentative visant à renforcer l'intégrité des valeurs démocratiques fondamentales. Il est en effet de toute première importance que les citoyens et les victimes ne se sentent pas mis à l'écart du processus. La mise en œuvre des propositions contenues dans le Document de travail nº 52 donnerait aux citoyens, lorsque cela est justifié, l'occasion concrète d'obtenir justice ou d'obtenir réparation pour un préjudice subi.

Le principe de la participation occupe aussi une place centrale dans le Document de travail nº 56. La présomption de transparence dans le processus pénal constitue, répétons-le, l'élément clé autour duquel la Commission a formulé ses propositions.

Considérée sous l'angle de la société, la transparence suppose la possibilité pour les individus de connaître les actions de l'Administration, de communiquer à autrui ce que l'on a appris et de se former des opinions en se fondant sur l'information disponible. Plus grande sera la transparence de l'Administration et des institutions de l'État comme les tribunaux, et plus sera favorisée la participation des citoyens au processus démocratique. La transparence de l'Administration se situe donc au centre même de la société démocratique. Et l'accès du public et des médias au processus pénal est l'un des aspects de cette transparence.

La méthode suivie dans le document de travail en question nous a amenés à examiner les diverses dispositions du *Code* qui limitent la liberté de communiquer des renseignements sur le processus pénal en vue de vérifier leur à-propos, leur cohérence et leur efficacité. En ce qui a trait à la participation, nous estimons qu'il y aurait lieu d'ajouter au *Code* des dispositions suivant lesquelles, sous réserve seulement de limites

---

121. À l'heure actuelle, le poursuivant privé peut s'occuper sans aucune restriction du procès relatif à une infraction punissable par procédure sommaire. Cependant, dans le cas d'actes criminels, il lui faut tout d'abord obtenir une ordonnance écrite d'un juge permettant le dépôt d'une accusation. En outre, le poursuivant privé ne peut interjeter appel dans le cas d'un acte criminel bien que ce droit lui soit conféré en matière d'infractions punissables par procédure sommaire.

122. Bien que ces propositions mettent l'accent sur le principe de la participation, elles ne battent pas véritablement en brèche le pouvoir du procureur général d'intervenir dans une poursuite soit pour s'en occuper lui-même, soit pour arrêter les procédures ou retirer l'accusation. Elles ne portent pas non plus atteinte à son droit de déposer directement un acte d'accusation en cas de libération après l'enquête préliminaire ou s'il n'y a pas eu d'enquête préliminaire.

précises, toutes les procédures pénales comportant l'exercice de pouvoirs judiciaires se déroulent en audience publique, et le public peut consulter les documents versés au dossier de la cour qui sont relatifs à ces procédures. En outre, il y aurait lieu de permettre expressément la communication de tout renseignement relatif à ces procédures[123].

Le document de travail propose aussi l'établissement, suivant un ordre rationnel, de limitations s'appliquant au principe général de la transparence. Lorsque la transparence totale n'est pas possible ou n'est pas souhaitable, on pourrait recourir à des restrictions relatives à la publication. En dernier ressort, et seulement dans des situations exceptionnelles, on pourrait envisager le recours à des ordonnances générales d'exclusion si de simples restrictions relatives à la publication s'avéraient inadéquates.

Enfin, on concluait dans ce document de travail que, pour faciliter l'accès au processus pénal et en favoriser la transparence, il y aurait lieu d'autoriser en matière pénale la couverture des appels par les médias électroniques ainsi que l'utilisation de magnétophones au cours des débats, au lieu ou en plus de la prise de notes sténographiques. On proposait aussi la tenue d'une expérience-pilote à l'échelle nationale au cours de laquelle les médias électroniques seraient autorisés à couvrir des procès criminels. Il s'agirait d'étudier de façon globale les effets de la présence de caméras vidéo, d'appareils photographiques et de magnétophones sur les témoins, les avocats, les juges et les jurés.

7. La protection

Le terme «protection» renvoie ici à l'idée suivant laquelle, d'une part, la procédure pénale devrait contribuer à la protection de la société et, d'autre part, la protection et l'affirmation des valeurs fondamentales sont l'un des principaux objectifs du droit pénal. La procédure pénale protège la société car elle réglemente la manière dont les autorités appliquent la loi, assurent le maintien de l'ordre, procèdent à des enquêtes criminelles et d'une manière générale assurent la protection du public. De toute évidence, la police est l'un des principaux instruments par lesquels s'exprime ce principe. Et parmi les pouvoirs conférés à la police, le pouvoir d'arrestation est l'un des plus importants.

---

123. Document de travail n° 56, recommandations 3 et 5 aux pp. 49 et 51. D'autres propositions visent à favoriser la participation par le moyen d'un meilleur accès du public, notamment les suivantes :
    1. Il ne devrait subsister dans le *Code* aucune interdiction de publication qui soit obligatoire.
    2. Lorsqu'une disposition du *Code* autorise le tribunal à limiter, à sa discrétion, l'accès du public, cette disposition devrait être formulée aussi strictement que possible afin d'assurer la reconnaissance des droits supérieurs particuliers qu'elle cherche à protéger tout en réduisant au minimum l'atteinte portée au principe de la transparence du processus pénal. En outre, lorsque le tribunal est investi du pouvoir discrétionnaire de limiter l'accès du public, ce pouvoir ne devrait être exercé que si la protection des droits supérieurs particuliers qui sont en jeu l'exige. L'ordonnance devrait être limitée dans sa durée et sa portée en fonction des seules nécessités de chaque cas.
    3. L'ordonnance de huis clos ou de non-publication devrait être fondée sur des preuves claires de dommages, éventuels ou réels, et devrait normalement être motivée.

Un certain nombre des propositions faites par la Commission dans son Rapport nº 29 portent la marque du principe de la protection. Et parallèlement, puisque la modération est l'autre facette de l'exercice du pouvoir, ces propositions en portent aussi la marque.

Il est tout particulièrement difficile d'atteindre un juste équilibre entre, d'une part, la protection du caractère sacré et inviolable de la demeure familiale, et d'autre part la nécessité de garantir l'arrestation de délinquants en fuite, parfois dangereux. Dans le Rapport nº 29 (rec. 8 aux pp. 43-44), la Commission recommande qu'il ne soit pas obligatoire pour les agents de police d'obtenir un mandat pour entrer dans une habitation privée lorsque la personne recherchée a commis ou est en train de commettre une action susceptible de mettre des vies en danger. En outre, l'agent de la paix ne serait pas tenu de se conformer à certaines exigences (donner avis de sa présence et de son identité, exiger qu'on le laisse entrer) lorsque cela risquerait de mettre en danger sa propre vie ou celle d'une autre personne. Cette dérogation aux règles est indéniablement justifiée par la nécessité de protéger une vie humaine.

D'autres propositions contenues dans le Rapport nº 29 sont également inspirées du principe de la protection. Ainsi, on propose le maintien et dans certains cas l'extension du droit du simple citoyen d'arrêter sans mandat une personne dont il est fondé à croire qu'elle est en train ou vient de commettre une infraction criminelle, ou encore une personne qu'un agent de la paix lui a demandé d'arrêter. Il s'agit dans une large mesure d'une reformulation des règles en vigueur. Une innovation, cependant : l'adoption proposée d'une règle régissant le cas où la police se trouve sur les lieux et décide de n'arrêter personne. Les simples citoyens seraient alors soumis au jugement d'agents de police compétents. La règle proposée est fondée sur l'idée qu'il y a lieu de restreindre le plus possible les dangers que pose nécessairement l'intervention personnelle de citoyens. De cette façon, on pourra réduire les risques injustifiés de violence ou de blessures[124].

Les recommandations faites par la Commission dans le Rapport nº 25 devraient également contribuer à la protection de la société. Elles pourraient accroître la qualité des enquêtes policières en favorisant une plus grande certitude scientifique dans le processus. La mise en œuvre de ces propositions élargirait l'arsenal des pouvoirs de la police en matière d'enquête, mais seulement dans des circonstances très précises et bien définies.

Notre dernier exemple porte sur des travaux de la Commission dans le domaine de l'accès du public et des médias au processus pénal. Si la liberté d'expression et le caractère public du procès sont des notions bien établies en droit pénal canadien, il existe également d'autres objectifs qui doivent être poursuivis à certaines étapes du

124. Rapport nº 29 , recommandation 3 à la p. 28. On a vu récemment comment pourrait s'appliquer cette recommandation, lorsque des manifestants ont tenté d'arrêter des femmes qui entraient dans la clinique Morgentaler à Toronto. Les manifestants ont voulu effectuer des arrestations en présence d'agents de police qui les en ont dissuadés. Les policiers avaient en effet conclu que les arrestations n'étaient pas justifiées légalement dans les circonstances. La Commission estime que le *Code* devrait énoncer expressément que lorsque des agents de police qualifiés sont sur les lieux, leur décision devrait l'emporter.

processus pénal, même au détriment de ces droits fondamentaux. Car dans certains cas, il sera absolument essentiel de protéger les intérêts de personnes qui, bien qu'innocentes, sont appelées à participer au processus pénal, comme les témoins ou les victimes. Il peut aussi, à l'occasion, être conforme à l'intérêt public de protéger certaines personnes qui ne sont peut-être pas «blanches comme neige». (C'est par exemple une tradition bien établie, en droit, de taire l'identité des informateurs de la police. Il peut également être nécessaire de cacher l'identité d'autres personnes, même s'il s'agit d'individus louches et incorrigibles, tout simplement parce que révéler leur identité mettrait en danger leur vie ou leur sécurité.) C'est pourquoi, dans le Document de travail n° 56, si nous visons à établir une «présomption de transparence» applicable au processus pénal, nous préconisons aussi le recours à des restrictions importantes lorsque cela est indispensable à la protection de valeurs sociales qui doivent primer en cas de conflit avec la règle générale.

Toute limitation de la transparence et de la liberté d'expression, en matière de procédure pénale, comporte un prix sans doute difficile à évaluer mais non moins réel : tantôt, il s'agit d'un procès pénal dont le déroulement restera à jamais inconnu du public, tantôt c'est une conclusion frappante à propos de notre système juridique que l'on ne pourra tirer; ou encore, ce sont les gestes d'un fonctionnaire qui passeront inaperçus. D'un autre côté, lorsque des personnes innocentes deviennent objets de curiosité pour les médias, il importe de les protéger contre les souffrances psychologiques ou les problèmes auxquels elles risquent d'être confrontées.

Malgré l'orientation générale prise en faveur de la transparence, la Commission a conséquemment recommandé dans le Document de travail n° 56 qu'après une inculpation, nul ne puisse publier des renseignements permettant d'identifier les informateurs dont l'identité est confidentielle. Et le tribunal pourrait, sur demande, interdire la publication de renseignements susceptibles de permettre l'identification d'une victime ou d'un témoin, lorsque sa sécurité est en danger[125]. De plus, il est question d'un pouvoir général concernant le huis clos qui pourrait être exercé dans certaines circonstances et répondrait essentiellement à un objectif de protection[126].

---

125. Document de travail n° 56, recommandation 7 à la p. 55. La Commission envisage également le recours à l'interdiction obligatoire dans un nombre limité de cas. Voici la teneur de cette recommandation : une fois qu'une inculpation a été portée relativement à un crime mentionné à l'article 246.4 du *Code*, nul ne peut publier ni diffuser le nom de l'accusé ni aucun autre renseignement permettant d'identifier le plaignant ou la victime du crime, sauf avec son consentement, ou un enfant ou un adolescent qui est la victime ou un témoin du crime. Ces dispositions, qui s'inspirent toutes du principe de la protection, ont été atténuées par une recommandation qui permet au tribunal, à la demande de l'accusé, de lever une interdiction de publication lorsque celle-ci peut compromettre le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière.

126. Voir *ibid.*, recommandation 6 aux pp. 52-53 pour une liste complète des cas où le tribunal pourrait exclure le public. Par exemple, la Commission a proposé que le tribunal ait le pouvoir de refuser à des adolescents le droit d'assister à une procédure pénale lorsque la communication des informations qui sont présentées au tribunal peut leur causer des préjudices graves ou leur nuire considérablement.

IX.

Conclusion

A. Vers une nouvelle procédure pénale

Il faut repenser la procédure pénale dans son ensemble, la Commission n'en a jamais douté tout au long de ses travaux depuis le début des années soixante-dix.

La procédure pénale a pour fonction de réglementer les nombreuses étapes au bout desquelles on détermine la culpabilité ou l'innocence des accusés. Pour le profane, elle paraît souvent lourde, empreinte de lenteurs et de complications. Or en réalité, l'application des règles, lorsqu'elle est conforme à l'intention du législateur, se caractérise par la solennité, la dignité et la circonspection. Mais dans la pratique, malheureusement, il en va parfois autrement, la procédure pénale n'étant pas exempte de certains défauts.

Les dispositions du *Code* portant sur la procédure sont dispersées et manquent de cohérence. Il n'est pas facile de les trouver et, souvent, les rapports entre les différents éléments échappent à toute rationalisation, voire à toute compréhension. Il n'y a aucune uniformité sur les plans formel et méthodologique, la langue utilisée tendant en plus à l'ésotérisme, s'avérant souvent impénétrable. Par sa nature même, il est vrai que la procédure pénale doit presque immanquablement comporter une abondance de règles, faire une large place aux détails. Mais trop souvent, le *Code* atteint une minutie qui n'est absolument pas indispensable pour la réalisation des objectifs souhaitables. Sans doute la généralité et la simplicité ne pourront-elles jamais être des caractéristiques invariables de la procédure pénale, mais elles pourraient cependant être bien davantage présentes qu'à l'heure actuelle.

Les dispositions du *Code* touchant la procédure pénale ont des origines diverses. De temps à autre, le législateur a tout simplement greffé au *Code* de nouvelles règles relatives par exemple à la détention préventive des délinquants dangereux, aux conditions applicables à la mise en liberté sous caution, à l'écoute électronique, sans beaucoup penser à l'harmonie de l'ensemble, à l'uniformité sur le plan des principes.

L'absence de principes directeurs est un défaut particulièrement marquant de la procédure pénale canadienne. Il n'est pas nécessaire qu'ils soient expressément énoncés dans les textes législatifs, mais leur influence devrait être manifeste dans l'organisation, la structure et le contenu du *Code*. Car le recours à des principes, dans la formulation des règles de conduite, permet à juste titre d'espérer la réalisation d'une certaine uniformité ou, en termes plus généraux, d'une certaine cohérence théorique.

B. Notre conception de la procédure pénale — Résumé

Nous pourrions résumer notre conception de la procédure pénale dans les termes suivants :

Il s'agit d'une procédure pénale déterminée par des règles exprimées de façon simple et claire, qui est fondée sur la recherche de l'équité comme de l'efficacité; qui, tout en favorisant la modération et la responsabilité, vise à protéger la société; et enfin, qui encourage la participation concrète des citoyens. Ces caractéristiques fondamentales forment l'essence même de nos principes.

La procédure doit donc être caractérisée par l'équité, mais sans que l'efficacité soit compromise d'une manière intolérable. En effet, une conduite inefficace est imprécise, source d'erreurs et, par conséquent, coûteuse. Ces conséquences peuvent aussi être des manifestations de l'inéquité de la procédure. En outre, le droit peut difficilement être appliqué d'une manière efficace lorsqu'il consiste dans des règles inaccessibles, obscures et fluctuantes. La clarté est indispensable.

Lorsque les règles de droit sont accessibles et vérifiables, il y a lieu d'exiger le respect des règles de conduite prescrites. Veiller à ce respect et fournir des moyens de réparation en cas de manquements, voilà en quoi consiste la notion de responsabilité. Cependant, dans nos efforts de clarification, de réglementation et de surveillance, il nous faut éviter toute exagération dans l'application du droit. En effet, il convient de poursuivre les objectifs fondamentaux du droit pénal sans porter atteinte plus qu'il n'est nécessaire à la liberté individuelle. Voilà en quoi consiste le principe de la modération.

La procédure pénale devrait également offrir au citoyen un certain accès aux procédures qui peuvent avoir une influence déterminante sur ses droits et obligations et lui donner un certain contrôle à cet égard, suivant les cas. Cette participation contribue à faire mieux accepter les décisions rendues au cours du processus.

Finalement, la procédure pénale devrait protéger la société et contribuer au maintien de l'ordre, en réglementant la façon dont les fonctionnaires s'acquittent de leurs responsabilités et, d'une manière générale, servent le public. La procédure devrait également viser cet objectif par la réglementation du procès pénal.

La procédure pénale devrait toujours tendre à l'affirmation et à l'affermissement des valeurs fondamentales dans la poursuite des objectifs énumérés ci-dessus. Car après tout, la fonction essentielle des règles de fond du droit pénal consiste dans la protection et l'affirmation des valeurs fondamentales. Sans règles de procédure équitables et efficaces, les meilleures règles de fond perdent toute signification.

Les diverses phases de la procédure applicable aux suspects et aux accusés, depuis le tout début du processus jusqu'au dénouement final, fournissent des indications à toute une gamme d'acteurs dans le système judiciaire. En effet, comme les règles de procédure définissent les diverses étapes du processus et déterminent les conditions

suivant lesquelles on passe de l'une à l'autre, elles précisent du même coup la latitude laissée aux autorités. Et par la même occasion, elles définissent aussi dans une large mesure les limites de la liberté au niveau de l'ensemble de la société.

Il est indéniable que la procédure pénale canadienne favorise avant tout la protection des droits et libertés, qu'elle fait primer la notion de justice. Du point de vue de la Commission, la justice elle-même n'est pas un principe général, mais bien un objectif qui domine tout le droit pénal, qui l'imprègne. Et cet objectif s'exprime essentiellement par le principe de l'équité auquel nous avons choisi de donner une place prépondérante.

Dans le régime proposé par la Commission cette notion d'équité se voit donc reconnaître la primauté. Divers principes trouvent application aux différentes étapes de la procédure selon des modalités variables. L'importance de chacun d'entre eux est en fin de compte fonction du contexte dans lequel il s'inscrit. Mais la prépondérance attribuée à la notion d'équité suppose que, en cas de véritable équivalence ou d'hésitation entre des solutions envisageables, il convient de retenir celle qui est le plus conforme à cet objectif fondamental, ou celle qui en favorise le mieux l'affirmation.

C. Le processus de réforme

La réforme de la procédure pénale doit être conçue comme une entreprise dynamique et continue. Tout ambitieuse soit-elle, nulle tentative de codification intégrale ne devrait marquer la fin de la réforme. Car à défaut de révision, la codification risque de provoquer la sclérose du droit. La modernisation du droit, tâche de tous les organismes de réforme, ne peut en fin de compte être accomplie que si elle est accompagnée d'une révision constante et de réorganisations périodiques.

Nous ne pourrons jamais déterminer convenablement la légitimité de nos tentatives, en matière de réforme, si nous ne sommes pas disposés à apprécier d'une manière systématique le fonctionnement des processus que nous élaborons. L'imagination et l'expérimentation sont de mise. Il nous faut encourager et stimuler les études empiriques, les projets-pilotes. Car les avantages que présente cette méthode sont devenus évidents lorsque nous l'avons suivie dans nos travaux sur la procédure pénale[127]. Une vérification consciencieuse nous permet de déterminer d'une manière réaliste les véritables besoins du système.

127. La Commission a étudié d'une manière empirique l'attitude du public et des jurés à l'égard du jury dans Anthony N. Doob *et al.*, *Études sur le jury* [Document d'étude], Ottawa, CRDC, 1979. En matière de fouilles, perquisitions et saisies, nos travaux ont été fondés dans une large mesure sur les conclusions de notre étude sur les formalités touchant les mandats de perquisition et leur délivrance : voir le Document de travail n° 30. Quant à nos propositions sur l'enregistrement électronique des interrogatoires de suspects effectués par la police, elles ont été mises à l'essai par le corps de police régional de Halton et nous avons publié les résultats obtenus à ce jour : voir les trois rapports provisoires préparés par le professeur Alan Grant sur cette question. Finalement, nous avons récemment proposé la tenue d'une expérience à l'échelon national visant à vérifier l'incidence et l'utilité de l'utilisation des caméras dans la salle d'audience : voir Document de travail n° 56, recommandation 23 à la p. 100. Nous espérons procéder bientôt à cette expérience.

Finalement, il nous faut également reconnaître que la réforme ne présente pas nécessairement un caractère législatif. Il est souhaitable d'améliorer la formation des principaux participants. En effet, les changements structuraux doivent être accompagnés de changements sur le plan des conduites sinon la tentative est vouée à l'échec. Aussi la Commission, comme elle l'avait fait pour la première fois dans son Rapport nº 3 (à la p. 40), exhorte-t-elle les gouvernements de tous les paliers à prendre des mesures propres à promouvoir la formation des juges, des personnes chargées de l'administration de la justice pénale et de chacun d'entre nous, en ce qui touche le droit pénal et la procédure. Nous réitérons également notre conviction quant à la nécessité d'établir des principes directeurs portant sur l'administration de la justice, depuis le niveau d'intervention du procureur général jusqu'à celui du simple policier ou du fonctionnaire; cela pour assurer à la fois la conformité générale aux principes de base et la responsabilité politique à tous les niveaux[128].

Le droit pénal est un instrument impitoyable et coûteux. Son application est parfois brutale et les personnes visées ont presque toujours à subir des souffrances, la perte de leur liberté ou encore de grandes dépenses. Le respect des principes dans la réforme de la procédure pénale devrait faire en sorte que l'utilisation de cette arme de dernier recours ne soit envisagée qu'après mûre réflexion. Si l'on insiste également sur la clarté et l'accessibilité, et que l'on s'efforce consciencieusement d'affirmer les droits fondamentaux et de protéger les valeurs essentielles, le respect du public à l'égard de la loi devrait s'en trouver accru. C'est ainsi, en effet, que la loi prend un sens pour les personnes concernées et cesse d'être vu comme une chose mystérieuse, abstraite, étrangère. Portant la sanction du public, elle peut alors être tenue pour le reflet de la société dont elle émane. C'est seulement de cette façon que les règles de procédure énoncées au *Code criminel* pourront véritablement être considérées comme *notre* procédure pénale.

128. Voir Rapport nº 3 à la p. 41.